Die Stellung des § 651 BGB. zur Lehre von den gemischten Verträgen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Axel Witting

Referendar im Bezirk des Kammergerichts.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig

Großbetrieb für Dissertationsdruck

1914.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1

II. Die bisherige Beurteilung des § 651.

a) Die Einteilung in drei Unterfälle 4

b) Das Kriterium der Vertretbarkeit im besonderen 17

III. Reine und gemischte Verträge in § 651.

a) Voraussetzungen für das Vorliegen von Mischformen im allgemeinen 24

b) Unterscheidung der Tatbestände des § 651 als teils eintypische, teils mehrtypische Verträge 27

IV. Die Erstreckbarkeit der in Abs. 1 Satz 2 getroffenen Regelung . . . 54

V. Beurteilung der Regelung in Abs. 1 Satz 2 nach Brauchbarkeit und verglichen mit der von der Kombinationstheorie erforderten 63

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546828_0081

Literaturverzeichnis.

Adler, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrecht. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 109 S. 391.

Berndorff, Die Gattungsschuld. Berlin 1900.

Binding, Vorlesungen über Strafrecht.

v. Blociszewski, Die Vermengung von Vertragstypen. Diss. Leipzig 1905

Büchel, Der Werklieferungsvertrag. Diss. Tübingen 1909.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag im römischen Recht und bürgerlichen Recht. In Iherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 241.

Ebbecke, Zusicherung. Im Recht 1911 S. 817 ff.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 305 ff.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1899.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 1 6.—8. Aufl. 1911, Bd. 1, 2 9.—11. Aufl. 1914.

Goldmann-Lilienthal, System des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1903.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1898.

Havenstein, Die Gattung. In Gruchots Beiträgen Bd. 55 S. 449 ff.

Henle, Grenzbestimmung vom Kauf- und Werkvertrag nach allgemeinen Grundsätzen im gemeinen Recht. Berlin 1909.

Hoeniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge. 1906.

Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Bd. 1. Leipzig 1910.

Kisch, Gattungsschuld — Wahlschuld. Leipzig 1912.

Kohler, Beiträge zum Arbeitsvertrag des modernen Rechts. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 84 S. 1 ff.

Langheineken, Gattungssachen, Stücksachen. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1911.

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Leipzig 1912.

Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Straßburg 1903.

Liebeck, Das Versprechen der Herstellung einer Eigenschaft beim Kauf. Erlanger Diss. 1913.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Rechts. Bd. 1 und 2. 1902.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.

v. Meerscheidt-Hülleſſen, Gemischte Verträge und Verträge eigner Art. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 15 S. 854.

Mill, System der deduktiven und induktiven Logik. 3. Aufl. Braunschweig 1868.

Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 BGB. zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. Diss. Borna-Leipzig 1903.

Oertmann, Zur Lehre vom Lieferungsvertrage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 19 S. 277.

Petri, Ein Beitrag zum Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 109 S. 202.

Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen. In Iherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 453.

Riezler, Der Werkvertrag. 1900.

Rümelin, Dienst- und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. In Iherings Jahrbüchern Bd. 60 S. 106.

Weil, Begriff und Bedeutung der Nebensachen und Zutaten im bürgerlichen Recht. Diss. München 1907.

Wittich, Zum § 651 BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 49 S. 276.

Außerdem die Kommentare von

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen 8. Aufl. 1909.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1908.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 4. Aufl. 1913, Bd. 2 3. Aufl. 1907. (1. Lieferung 4. Aufl. 1914.)

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. 1. 2. Aufl Berlin 1913.

v. Staudinger, Allgemeiner Teil. Schuldverhältnisse. 7./8. Aufl. 1912/13.

I. Einleitung.

Noch immer wollen, wie die bemerkenswerten, wenn auch nur kurzen Ausführungen Oertmanns in einem der letzten Hefte der DJZ. (Bd. 19 S. 278) zeigen, die Streitfragen und Zweifel, die sich aus der Anwendung des letzten Paragraphen des Werkvertragsrechts, des § 651 ergeben, nicht ruhen. Wenn auch im allgemeinen eine jahrelange Behandlung dieser Bestimmung in Dissertationen, Kommentaren, Lehrbüchern und Entscheidungen über viele bisher unerhellte Punkte Licht gebracht hat, so daß die Ansichten über die rechtliche Natur und Behandlung der unter § 651 fallenden Vertrags-Tatbestände in den jüngeren Publikationen eine gewisse Bestimmtheit und Überzeugtheit zeigen, so scheint mir doch trotz oder vielleicht gerade wegen dieser Bestimmtheit der Formulierung über die Gründe und Kriterien dieser oder jener Behandlungsweise nicht ganz klar oder gar irrtümlich gedacht zu werden. Wie ist, um nur ein Beispiel zu geben, z. B. der fast bei allen Schriftstellern sich findende Satz, auf § 651 Abs. 1 Satz 1 bezüglich, zu verstehen: im Grunde sei hier Vertragsgegenstand gar nicht die Herstellung, sondern die Übereignung der hergestellten Sache? Ist dies eine Auslegungsregel, ein Versuch einer Motivierung der als unglücklich anerkannten Fassung des Paragraphen oder gar ein Beitrag zur Erläuterung der „juristischen Natur" der Tatbestände aus § 651? Die Unklarheit der Ansichten ersieht man ja am besten aus den Folgerungen aus dem eben zitierten

Satze, nämlich hinsichtlich der Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht. Die einen lehnen jede Anwendung von Werkvertragsrecht in diesem Falle ab, andere lassen sie in mehr oder minder großem Umfange zu. Irgendwelche grundlegenden Kriterien für ihre Behandlungsweise gibt aber kaum einer von ihnen.

Aus der Fassung des Themas kann entnommen werden, daß u. E. für alle diese Fälle von höchster Bedeutung das so plötzlich aktuell gewordene Problem der gemischten Verträge ist. Es ist dieses Problem als solches erst vor nicht langer Zeit durch Hoeniger erkannt und in seiner Wichtigkeit erwiesen worden. Es ist ersichtlich, daß wenn wir es hier in § 651 wirklich mit gemischten Vertragsformen zu tun haben, sich daraus viele Unklarheiten und Zweifel erklären würden, da es zur Zeit der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuches ein solches Problem als Problem noch nicht gab. Es soll die Aufgabe der folgenden Darstellung sein, den Beziehungen unserer Vertragstatbestände in § 651 zu dem Problem der gemischten Verträge nachzugehen. Natürlich wird sich diese Untersuchung in ziemlich allgemeinen Bahnen zu bewegen haben, da das ganze Problem noch ziemlich ungeklärt und unverwendbar für den Einzelfall erscheint. Es werden darum als Grundlage der Betrachtung gewisse normal einfache Tatbestände unter bewußter Beschneidung an und für sich natürlich möglicher Komplikationen zu verwenden sein. Die Art der Untersuchung wird so vor sich gehen, daß nach einer kurzen Zusammenfassung der mit „Herrschende Meinung" (H. M.) bezeichneten Hauptansicht in der augenblicklichen Literatur und Judikatur über Wesen und Behandlung des § 651 dieser von uns selbständig unter dem Gesichtspunkte der Behandlung gemischter Vertragsformen betrachtet und seine Tatbestände in eins der bisher aufgestellten Systeme dieser Vertragsformen

eingegliedert werden sollen. Es soll sich daran anschließen eine Kritik der gesetzlichen Behandlung und für den Fall des Nichtausreichens dieser Behandlung, sei es für alle, sei es für einzelne Tatbestände, Vorschläge zu einer befriedigenden und den besonderen Bedürfnissen eines Mischvertrages angemessenen Behandlungsweise.

II. Die bisherige Beurteilung des § 651.

a) Die Einteilung in drei Unterfälle.

Von durchaus allen Schriftstellern geteilt wird die somit als H. M. anzuerkennende Einteilung der in § 651 zusammengefaßten mehreren Tatbestände nach zwei Gesichtspunkten: einerseits wird ein verschiedener Vertrag angenommen, je nachdem die für unsere Tatbestände wesentliche und die vom reinen Werkvertrag unterscheidende Stoffbeschaffungspflicht des Unternehmers sich auf Nebenstoff (Zutaten oder sonstige Nebensachen) oder auf Hauptstoff bezieht; und andererseits, ob im letzteren Falle eine vertretbare oder unvertretbare Sache Gegenstand des Leistungsversprechens ist. Natürlich hat man diese verschiedenartigen Tatbestände benennen wollen, und es zeigen sich da die weitgehendsten Verschiedenheiten. Seit der von Henle erstmalig eingeführten Bezeichnung „Werklieferungsvertrag" hat man sich gewöhnt, sich dieses Namens zu bedienen, wobei man natürlich verschiedener Ansicht sein kann, auf welche der drei Tatbestandsgruppen er paßt. Eine Darstellung dieser terminologischen Streitfrage erübrigt sich für unser Thema, es läßt sich hier auch schlecht von einer H. M. sprechen; es scheint die Ansicht sich zu verbreiten, daß Werklieferungsverträge nur die des Abs. 1 seien, also in denen der Unternehmer zur Beschaffung von Hauptstoff verpflichtet ist (Dernburg, Oertmann, Emerich, Ochß). Jedoch hat ja diese Frage für

die Frage nach der Behandlung wenig positiven Wert. Sie wird vielleicht von Interesse für die Frage, ob und inwieweit in § 651 ein negotium sui generis konstituiert sein soll, eine Frage, die uns im Augenblick nicht beschäftigt.

Um etwaige Lücken und Unzuträglichkeiten in der Behandlung von § 651 durch H. M. leichter zu erkennen, wollen wir nunmehr, wo wir uns der Betrachtung der einzelnen Tatbestände zuwenden, uns gegebenenfalls charakteristischer Beispiele bedienen. Es wird sich so leichter zeigen, welches die übliche und welches die wünschenswerte Behandlung ist.

1. Zur Erläuterung von Abs. 2 bedienen wir uns eines von Schreiber (JheringsJ. Bd. 60 S. 165) erfundenen, vorzüglich passenden Beispiels: Ein Schreiner hat den Auftrag erhalten, aus einem ihm vom Besitzer eines Parkes gelieferten Stamme eine verschließbare Truhe herzustellen. Er verwendet dazu ein Schloß und einen Schlüssel, die er ihrer passenden Form wegen beim Trödler gekauft hat, die aber, wie sich später herausstellt, aus einem Diebstahl stammen. Dem Besteller, der inzwischen die Kiste empfangen hat, wird nunmehr der Schlüssel abgenommen.

§ 651 Abs. 2 lautet: Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung. Die Wissenschaft, soweit sie den Begriff Werklieferungsvertrag nur auf den Abs. 1 ausdehnte, nennt diesen Vertrag dann folgerichtig einen reinen Werkvertrag, höchstens unter der Annahme der Beifügung einer Nebenabrede (Oertmann Bem. 2c zu § 651). Unklarer ist die Formulierung z. B. bei Staudinger (Bem. II, 1b), der ja auch Abs. 2 als Werklieferungsvertrag bezeichnet, ihn jedoch „wieder dem reinen Werkvertrag zuweist". Ein Grund für diese Behandlung wird

allgemein in der Geringwertigkeit des vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffes erblickt, die natürlich eine Geringwertigkeit dieser Sachleistung gegenüber der werkvertraglichen Herstellungsleistung bewirkt, so daß das Wesen des Vertrages als Werkvertrag durch ihr Hinzutreten nicht verändert wird (Planck Bem. 2c zu § 651: hat Unternehmer nur Zutaten zu beschaffen, so ist nach Abs. 2, der sich schon aus dem Wesen des Verhältnisses ergeben würde und nur aufgenommen ist, um Zweifel und Streitigkeiten zu beseitigen, der Vertrag als Werkvertrag zu beurteilen).

Es wird also dabei der Begriff der Nebensache, der Nebenleistung wichtig, und es hat sich natürlich über die Kriterien, nach denen diese Begriffe zu werten sind, eine ziemlich umfangreiche Streitfrage herausgebildet, wie sie ja bei der Unbestimmtheit der Begriffe nur natürlich ist. Eine nähere Darstellung der Streitfrage erübrigt sich wiederum, üblicherweise wird der vom Unternehmer gelieferte Stoff mit der Sache verglichen, an der die Arbeiten zu bewirken sind (dem Arbeitssubstrat). So Oertmann, Staudinger, Weil, überhaupt die Mehrzahl. Eine vorzügliche Darstellung der Streitfrage finden wir bei Oertmann (Bem. 2a zu § 651), und es darf vielleicht auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Wir finden nun bei vielen Schriftstellern den befremdenden Vorgang, daß sie, bei allgemeinen Erläuterungen zu § 631 und dem Werkvertrag überhaupt, schon beim reinen Werkvertrag eine wenn auch nur begrenzte Stoffbeschaffungspflicht des Unternehmers annehmen. Und zwar folgern sie dies aus allgemeinen Grundsätzen. So sagt z. B. Staudinger: Dem Begriffe des Werkvertrags entspricht die Regel, daß der Besteller den Stoff zur Neuherstellung einer Sache liefert (Mot.

Bd. 2 S. 476; Riezler S. 103), der Verfertiger die ihm erforderlichen Hilfsmaterialien usw.; die Lieferung gewisser kleiner Zutaten durch den Unternehmer ist zum mindesten Geschäftspraxis. Und ebenso sagt Oertmann in der Bemerkung zu § 631: liefert der Unternehmer Hauptstoff, nicht bloße Zutaten, so kommt § 651 zur Anwendung. D. h. doch, bei Lieferung von Zutaten kommt § 631 zur Anwendung. Ebenso andere.

Man nimmt also an, daß § 651 Abs. 2 die Fälle behandle, wo Zutaten und sonstige Nebensachen vom Unternehmer zu beschaffen sind. Trotzdem folgert man, daß in solchen Fällen reines Werkvertragsrecht zur Anwendung komme, nicht aus § 651 Abs. 2, sondern aus allgemeinen Erwägungen wie der Rücksicht auf Geschäftspraxis usw. Erklärbar ist dies vielleicht aus den nicht ganz klaren Auffassungen über die Bedeutung der Wert- und Arbeitsverhältnisse bei all diesen Tatbeständen. Weil offenbar noch mancherseits die Vorstellung herrscht, § 651 Abs. 2 sei auch denkbar ohne ein „Werk", drücke nur die Nebensächlichkeit des gelieferten Stoffes hinsichtlich seiner Bedeutung für die ganze Unternehmerleistung aus, glaubt man die Verpflichtung zur Lieferung dieser Gegenstände schon aus der einfachen werkvertragrechtlichen Unternehmerverpflichtung nach allgemeinen Grundsätzen, vielleicht gar mit Rücksicht auf Treu und Glauben, folgern zu dürfen.

Wie dem auch sei, dadurch, daß die H. M. diesen Tatbestand kategorisch unter den reinen Werkvertrag verweist, macht sie natürlich jede Anwendung von Kaufrecht unmöglich. Betrachten wir die Folgen für unseren Fall. Offenbar leidet da die Unternehmerleistung an einem Mangel im Rechte. Der verschaffte Schlüssel stammte aus einem Diebstahl. Nun bezieht sich aber, wie allgemein anerkannt ist, die werkvertragrechtliche Regelung der Mängelgewähr nur auf Sachmängel.

Ein Schriftsteller (Levy) hält Rechtsmängel beim Werkvertrag gar für ausgeschlossen. Oertmann, in Übereinstimmung mit H. M., sagt einschränkender und richtiger, es solle nur von faktischen, nicht von rechtlichen Mängeln gesprochen sein, da für eine Verschaffungspflicht beim Werkvertrag eben meistens kein Raum sei, also eine Regelung der Behandlung von Rechtsmängeln unangebracht erscheine. Denn der Unternehmer liefere dabei entweder gar keinen Stoff oder nur Zutaten(!), die, auch wenn er nicht ihr Eigentümer war (Emerich fügt hinzu: auch wenn das Material gestohlen war, S. 9 Anm. 3), dem Besteller, wenn nicht schon wegen § 239, so doch mindestens auf Grund von §§ 946/47 zufallen. Und er setzt, nun allerdings als einziger, hinzu: Sollte das etwa bei zu lieferndem Zubehör ausnahmsweise nicht zutreffen, so wird man die §§ 633 ff. auch auf derlei sinngemäß anwenden können, da alsdann das Werk im Grunde ebensowenig wie bei faktischen Mängeln vertragsmäßig hergestellt und geliefert ist (Bem. 1 b zu § 633).

Uns fällt bei dieser Deduktion zweierlei auf, einmal der Begriff der „sinngemäßen Anwendung" einer Regelung sachlicher Mängel auf Mängel im Rechte, ein Begriff, der ja in seiner Unbestimmtheit gern genug eingeführt wird, um die Schwierigkeiten der Lösung einer Frage aus grundlegenden Gedanken heraus zu umgehen. Soll hier, wo doch eine reine Veräußerungspflicht hinsichtlich des Schlosses und des Schlüssels in Frage kommt, die typisch werkvertragrechtliche Schutzbestimmung der Nachbesserung, Fristsetzung usw. Platz greifen?, oder wie soll man sich die sinngemäße Anwendung sonst vorstellen, zumal dem Unternehmer hierbei ja jede faktische Einwirkung auf den fehlerhaften Gegenstand, wie sie Hauptmoment der Regelung faktischer Mängel ist, nicht möglich ist?

Und andererseits finden wir hier nur wieder bestätigt, was wir oben zu erkennen glaubten, daß die Pflicht zur Beschaffung von Nebensachen aus dem Werkvertrag als solchem gefolgert wird. Dann aber muß § 651 Abs. 2 als eine vollständig überflüssige Formulierung eines an und für sich selbstverständlichen Gedankens angesehen werden. Er gibt nichts für die Regelung irgendwie zweifelhafter Fälle, denn er gibt ja keine positiv greifbare Regelung; zu Komplikationen führende Tatbestandsmomente müssen vielmehr nach dem Prinzipe sinngemäßer Anwendung an und für sich gar nicht passender Normen behandelt werden. Wir glauben nicht, daß die H.M. diese Folgerungen, die aber u. E. unvermeidlich sind, annehmen würde.

In unserem Fall also litt die Sache an einem Rechtsmangel und zwar ist das Eigentum an dem Schlüssel, da dieser offenbar nur Zubehör der ganzen Kiste ist, nicht nach Spezifikationsgrundsätzen, bezw. durch Akzession übergegangen. Wie sollen wir uns nun hier die sinngemäße Anwendung in unserem Falle vorstellen? Nachbesserung, event. nach Fristsetzung, ist eine so typische Herstellerschutzvorschrift, daß sie da nur sinngemäß angewandt werden kann, wo wirklich eine Herstellung vorliegt. Der Rechtsmangel bezog sich auf Schloß und Schlüssel, eine „Herstellung" aber bestand offenbar nur hinsichtlich des Schlosses. Verständigerweise kann in der Hinzufügung des Schlüssels, der doch immerhin ein selbständiges Objekt ist — man denke an eine besondere Kunstarbeit — und demnach seinen eigenen Regeln untersteht, eine Herstellung nicht erblickt werden, vielmehr ist es reine Übertragung. Das Schloß ist als Bestandteil durch Akzession unzweifelhaft in das Eigentum des Bestellers übergegangen, der Schlüssel als Zubehör nicht. Soll nun nachgebessert werden durch Neulieferung

eines Schlüssels? Der Schlüssel ist ja aber gar nicht fehlerhaft hergestellt, nur fehlerhaft geliefert. Es läßt sich also eine sinngemäße Anwendung sehr schwer konstruieren. Ebenso unerträglich aber sind die Konsequenzen, die aus der wörtlichen Anwendung des Gesetzes hervorgehen. Treffend sagt Schreiber: sollen nun, da Rechtsmängel im Werkvertragrecht nicht vorgesehen sind, die Bestimmungen des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse zur Anwendung kommen? dann hätte § 326 BGB. Anwendung zu finden: Voraussetzung jeder Bestellerberechtigung wäre Verzug, mithin Verschulden des Unternehmers. (Oertmann würde natürlich das Verschulden in der nicht rechtzeitigen Fertigstellung des Werkes erblicken. Er übersieht, daß für diesen Fall eine ganz spezielle Regelung besteht und nicht nach allgemeinen Grundsätzen, wie sie sinngemäße Anwendung erfordert, entschieden werden kann.) Es würde also zu fragen sein, ob Verschulden dann vorliegt, wenn der Schreiner von der Herkunft des Schlüssels nichts wußte und wissen konnte. Das ist zu verneinen, damit würde überhaupt jede Bestellerberechtigung entfallen. Niemand wird zweifeln, daß hier trotz der kategorischen Anweisung des Gesetzes, die die Kaufregeln ausschließt, § 440 anzuwenden ist, der dem Verkäufer absolute Haftung für Rechtsmängel auferlegt „zufolge der im Vertrage begrifflich und unmittelbar liegenden Garantie für die Verschaffung des Rechtes" (Mugdan, Mat. Bd. 2 S. 119; Schreiber S. 166/67).

Gegen diese absolut zwingende Erkenntnis läßt sich nichts einwenden. Die Behandlung der unter § 651 Abs. 2 fallenden Verträge durch H. M. erscheint als unwirtschaftlich und für schwierigere Fälle ungenügend.

2. Zur Erläuterung des ersten in § 651 Abs. 1 gekennzeichneten Falles bediene ich mich eines von Hoeniger er-

fundenen Beispiels (S. 41): Ein Chemiker hat ein neues billiges Verfahren zur Herstellung von Soda erfunden und ein Patent auf seine Erfindung erhalten. Er will das Patent selbst ausnutzen, hat aber kein Kapital zur Anlage einer Fabrik. Er schließt daher mit einem Fabrikanten einen Vertrag des Inhalts, daß Letzterer aus seinen eigenen Rohstoffen nach dem neu erfundenen Verfahren eine größere Quantität Soda herstellen soll. Der Fabrikant hat vorher einen Kostenanschlag aufgestellt und dieser wird dem Vertrage zugrunde gelegt, ohne daß der Fabrikant die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat. Gesetzt den Fall, das neue Verfahren erweist sich als unbrauchbar, so daß das ganze Fabrikat zugrunde geht; oder der Fabrikant merkt alsbald bei der Herstellung, daß der Kostenanschlag wesentlich überschritten werden wird? Welche Rechte und Pflichten haben in diesen Fällen die Parteien?

§ 651 Abs. 1 lautet: Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle der §§ 433, 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462—464, 477—479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.

Wir sahen, daß die Wissenschaft aus der gesetzlichen Formulierung den Unterschied zwischen Lieferung vertretbarer und unvertretbarer Sachen herleitet und für die Behandlung vertretbarer Sachen Abs. 1 Satz 1 und 2 Abs. 1 in Anspruch nimmt. Es haben sich für diesen Vertrag besondere Namen herausgebildet, man nennt ihn Lieferungsvertrag,

Lieferungskauf und ähnlich, auch diejenigen, die ihn unter dem allgemeinen Sammelnamen Werklieferungsvertrag mit einbegriffen (namentlich Emerich, Haenle, Oertmann, Staudinger usw.). Was die Behandlung dieser Vertragsform angeht, so können wir zum Zeichen, daß wir auch hierbei von einer H.M. sprechen können, Oertmanns Ausführungen in dem oben erwähnten Aufsatz (DJZ. Bd. 19 S. 278) vorausschicken: ... „Was Wunder, daß aus der vom Gesetz anscheinend vorgeschriebenen Nichterstreckung der für den Vertrag über Herstellung unvertretbarer Sachen gemachten Beschränkungen in der Anwendung des Kaufrechts die übliche Lehre alsbald die Folgerung zog, der Vertrag über Herstellung vertretbarer Sachen sei ein Kauf".

In der Tat muß man zugeben, daß viele Schriftsteller die von Oertmann beklagte Ansicht angenommen haben. Vermehrt wird die Verwirrung auf diesem Gebiete noch durch eine sonderbare Unterscheidung, die aus der Erkenntnis der Unzuträglichkeit der beklagten Ansicht entstand, ohne sie doch entfernen zu können. Wir finden, namentlich in neueren Arbeiten, bei Erörterung des § 651 Abs. 1 Satz 1 regelmäßig einen Passus wie etwa: „ist eine Herstellung nicht oder nicht mehr Vertragsgegenstand, so wird bei Verträgen auf entgeltliche Beschaffung bestimmter vertretbarer Sachen § 651 überhaupt nicht in Frage kommen, da in der Regel ein reiner Kaufvertrag anzunehmen ist" (Staudinger Bem. I, 2a; ebenso Planck Bem. 2a) und mancher (z. B. Bischel S. 16/17) spricht sich noch ausführlich über die Kriterien aus, nach welchen im Einzelfalle eine Herstellungspflicht vorliegt, also z. B. Parteiwille und Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles. Man erklärt also ausdrücklich, den Vertrag aus § 651 Abs. 1 Satz 1, d. h. den Vertrag auf

Herstellung und Lieferung vertretbarer Sachen aus Stoff des Unternehmers nicht verwechseln zu wollen mit dem Vertrag, durch den sich jemand zur Lieferung vertretbarer Sachen verpflichtet (wie es ja Emerich z. B. in der Tat getan hat), und sucht nach Kriterien, um diese beiden leicht verschwimmenden Tatbestände unzweifelhaft zu trennen; mit dem Erfolge, daß bald darauf mit Berechtigung von einer „Folgerung der üblichen Lehre, der Vertrag aus § 651 Abs. 1 Satz 1 sei ein Kauf" gesprochen werden kann. So sagt Planck (Bem. 3a): „der Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache soll in allen Punkten wie ein Kaufvertrag behandelt werden, mit der Hauptfolge, daß der Besteller keine Klage auf die Herstellung als solche hat". Was aber, so fragen wir, unterscheidet dann die Behandlung der beiden Verträge? Einzelne allerdings ziehen aus dieser Scheidung andere Konsequenzen, nämlich die der etwaigen Anwendbarkeit von Werkvertragsnormen auch auf diese Tatbestände, also anscheinend dem Gesetze zuwider; so werden z. B. die §§ 642, 643 und 645 von mehreren (Komm. d. RGRäte, Enneccerus, Bischel u. a.) für anwendbar erklärt, da diese wesentlich werkvertragsrechtlichen Tatbestandsstücke ganz augenscheinlich auch bei diesen Verträgen eine nicht zu übergehende Rolle spielen können. Jedoch sind diese Stimmen vereinzelt und beschränken sich auf die Zitierung einzelner, in ihrer Anwendbarkeit besonders augenfälliger Vorschriften, ohne die Grundlagen dieser Behandlungsmöglichkeiten zu prüfen und anzunehmen. Auch diese einzelnen, geschweige denn die übrigen können zu keiner befriedigenden Lösung kommen, wie Oertmann richtig nachweist, z. B. in den Fällen, in denen der Unternehmer nicht oder nur teilweise liefert, wo also nach der H. M. dem Besteller auf Herstellung, falls diese nötig ist zur Lieferung (und nur diese Fälle sollen

ja unter § 651 Abs. 1 Satz 1 fallen) keine Klage gegeben ist. Oertmann zeigt uns zwar, daß § 651, obwohl er in seinen Anfangsworten eine Herstellungspflicht unterstelle, und nachher trotzdem alleinige Anwendung von Kaufrecht konstituiere, uns an der Anwendung von Werkvertragsrecht für den Fall, daß wirklich eine Herstellung versprochen ist, nicht hindert, da wir beim Kaufrecht natürlich mitten im Gebiet des dispositiven, oder besser ergänzenden Rechtes uns befänden: d. h. die Kaufregeln können anwendbar nur soweit sein, als die Abrede nichts Gegenteiliges ergibt. Die Herstellung hat nicht das Geringste mit dem Kaufrecht zu tun, läuft ihm im Gegenteil in mancher Beziehung zuwider. Also fällt in diesen Punkten Anwendung des Kaufrechts fort. Dies zugegeben, wie will Oertmann aus diesem Gedankengang heraus die nunmehr doch notwendig eintretende Ergänzung durch Werkvertragsrecht gegenüber dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes rechtfertigen? Also abgesehen davon, daß es sich hier um eine einzelne Stimme handelt, kann uns auch sie nicht die Prämissen für ihre sonst billigenswerten Folgerungen geben.

Nach H. M. aber kämen für unseren Fall folgende Gedanken zur Anwendung: Vielleicht würde man trotz Untergangs des ganzen Fabrikats infolge der von dem Chemiker erfundenen Herstellungsmethode dem Unternehmer einen Prozentsatz seiner Auslagen gemäß § 645 zusprechen; denn die Anwendbarkeit dieser Regel hat ja eine Anzahl von Schriftstellern gebilligt. Wie steht es dagegen, sobald der Unternehmer erkennt, daß der Anschlag erheblich überschritten werden wird? Darf er da ruhig weiterexperimentieren, ohne zur Benachrichtigung des Bestellers gemäß § 650 Abs. 2 verpflichtet zu sein? Muß der Chemiker trotz seiner Einsicht, daß die Verwertung seiner Erfindung zwecklos und unwirtschaftlich ist, nach abgeschlossenem

Verträge ruhig zusehen, daß der Unternehmer Kosten über Kosten verursacht, ohne daß er ihm kündigen darf? Welcher vernünftige Grund spräche wohl gegen die Anwendung von § 649? Zumal wenn man erst einmal diesen oder jenen Paragraphen für anwendbar erklärt hat, ist es um so unverständlicher, warum nicht auch die Anwendung aller anderen, event. passenden Bestimmungen zugegeben wird. Wir kommen also auch hinsichtlich dieser Verträge mit der H. M. in vielen Fällen zu keinem befriedigenden vernünftigen Ergebnis.

3. Zur Erläuterung des 3. Falles in § 651 Abs. 1 werden wir keines besonderen Beispieles bedürfen. Dieser Vertrag unterscheidet sich von dem eben behandelten augenscheinlich nur dadurch, daß die herzustellende Sache unvertretbar ist, d. h. im Verkehrsleben eine gewisse größere Bedeutung haben soll als die den vertretbaren Sachen zukommende. Wir haben es hier also mit dem eigentlichen „Werklieferungsvertrag", „WLV. im engeren Sinne", oder wie er sonst genannt werden mag, zu tun. Fast allgemein wird er als negotium sui generis betrachtet; wie Oertmann ausführt: in diesem Falle finden weder die Regeln des Kaufes noch des Werkvertrages durchweg Anwendung, alsdann noch von einem modifizierten Kauf oder von einem modifizierten Werkvertrag zu sprechen, wäre wenig förderlich, ganz abgesehen von der Schwierigkeit, ob man sich nach dieser oder nach jener Seite entscheiden soll. Besser nimmt man einen besonderen in der Mitte zwischen beiden Grundtypen liegenden Werklieferungsvertrag an; so auch die allgemeine Meinung (Bem. 3 zu § 651).

Da hier vom Gesetz selbst eine große Reihe von Regeln für anwendbar bezw. unanwendbar erklärt wird, so ist ein Streit über die Behandlung dieser Verträge nur möglich hinsichtlich der wenigen nicht zitierten Paragraphen. Jedoch herrscht hier

ziemliche Einmütigkeit. Es sollen etwa zur Anwendung kommen die an Stelle der aufgehobenen Kaufregeln getretenen Werkvertragsbestimmungen, das sind im großen und ganzen die §§ 631—641, 644—646, 653. Man zweifelt aber nicht an der Anwendbarkeit der übrigen Werkvertragsbestimmungen mit Ausnahme der ausdrücklich ausgeschlossenen. Daneben sollen sämtliche nicht aufgehobenen Kaufregeln bestehen bleiben, soweit sie überhaupt auf den kombinierten Tatbestand passen. Es entfielen somit nur einige wenige, wie etwa §§ 437, 445 usw. (vgl. Komm. d. RGRäte Bem. 4; Staudinger Bem. IV, 2). Wir erblicken also hier ein lebhaftes Bestreben, die vom Gesetz selbst gebotene Möglichkeit, die Rechtsfolgen zu kombinieren, ordentlich auszunutzen. Offenbar tut man dies doch mit Rücksicht darauf, daß hier eine schutzwürdige Unternehmerleistung vorliegt. Umso merkwürdiger berühren darum Äußerungen wie die bei Planck (Bem. 4): Der Besteller hat keine selbständige Klage darauf, daß der Unternehmer den Stoff beschafft und das Werk herstellt, sondern nur auf Lieferung der vertragsmäßig hergestellten Sache. Erstens, gehört nicht zur vertragsmäßigen Herstellung bei unseren Tatbeständen gerade die Herstellung selbst? Und zweitens, wie läßt sich die Einführung der Werkvertragsvorschriften erklären und billigen, wenn die Unternehmerleistung keine Arbeitsleistung enthält? Dies bringt uns auf die Frage, welche uns bei diesen Tatbeständen am meisten interessiert, auf welche aber nirgends eingegangen wird. Nämlich die Frage, ob die H. M., ebenso wie sie im Falle des Satz 1 ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Herstellungszusage in jedem Fall, wo nur eine vertretbare Sache zu liefern war, die Anwendung des Werkvertragsrechtes versagte, nunmehr für alle Fälle des Satz 2 das Faktum der Lieferung einer „unvertretbaren" Sache für genügend erachtet,

um ein für allemal die im Satz 2 geforderte, im Interesse einer etwaigen Arbeitsleistung getroffene Regelung anzuwenden, auch wenn für diese unvertretbare Sache im Einzelfalle eine Herstellungszusage nicht vorlag? Es ist klar, daß wenn im Einzelfalle trotz Unvertretbarkeit des Leistungsgegenstandes eine spezielle Arbeit nicht zugesagt war, die Anwendung von Werkvertragsrecht auf diesen Fall eine erhebliche Beeinträchtigung des Bestellers, der in diesem Falle ja Käufer ist, bedeuten würde. Auf diese Frage aber, deren richtige und befriedigende Beantwortung nach den sonstigen Ansichten der H. M. über diese Verträge kaum erwartet werden darf, finden wir nirgends Betrachtungen.

b) Das Kriterium der Vertretbarkeit im besonderen.

Wenn wir die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung zusammenfassen, so erhalten wir den Eindruck vielfacher Ungewißheiten und Streitfragen, offenbare Unbilligkeiten in den Konsequenzen und Rechtsfolgen, da, wo diese nicht eintritt, meist eine gedankenlose Unklarheit über die Gründe der befriedigenden Lösung.

Ehe wir nun zu der selbständigen Untersuchung der Tatbestände des § 651 unter dem Gesichtspunkte als gemischte Verträge übergehen, sei hier noch kurz eingegangen auf eine allerdings mehr den allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts entspringende Unzuträglichkeit bei der Behandlung des § 651, nämlich des Gebrauchs der Begriffe Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit der herzustellenden Sache. Diese Begriffsbildung ist schon öfters kritisiert worden. So finden wir eingehende Ausführungen bei Lotmar (Bd. 1 S. 214), in neuerer Zeit namentlich bei Langheineken (BayZ. 1911 S. 149 ff., 176 ff.) (Planck bezeichnet allerdings die Langheinekenschen Deduktionen

als abwegig [Bem. 1b zu § 91], aber so kurzerhand kann u. E. nicht darüber hinweggegangen werden).

Bei der Prüfung, welche Zwecke das Bürgerliche Gesetzbuch mit der Einführung des Vertretbarkeitsbegriffes verfolgt, finden wir als Grund das Bestreben nach einem Sammelnamen für Gegenstände, denen das Gesetz keine so große verkehrswirtschaftliche Bedeutung einräumt, daß immer mit peinlichster Genauigkeit auf ihre Unversehrtheit im rechtlichen Sinne gesehen wird. Bei diesen Dingen also wird, wenn sich jemand ihrer begibt, ohne lange Prüfung und ohne Rücksicht auf dadurch der sachenrechtlichen Stütze beraubte etwaige obligatorische Verknüpfungen das Eigentum erworben (z. B. §§ 607, 700), die Begebung des Besitzes an solchen Dingen erfolgt ohne große Skrupel, eine auf solche Dinge verwandte Mühe wird nicht allzusehr geschätzt (§ 651) usw. Diese etwas legere Behandlung durch das Gesetz erklärt sich gemäß § 91 daraus, daß diese Dinge im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen, d. h. sie erlangen in der Regel wirtschaftliche Bedeutung erst durch Anhäufung, während das einzelne Ding eine im Verkehr geringer gewertete und seltenere Erscheinung ist. Natürlich wirkt dies auch auf die Qualität der Masse ein, der Verlust des einzelnen Dinges ist ja leicht zu verschmerzen. Diese Dinge bedürfen also weder einzeln noch in Mengen eines allzu peinlichen rechtlichen Schutzes. Es ist nun u. E. außerordentlich schwer, wenn nicht unmöglich, von diesem aus seiner Verwendung gefundenen Vertretbarkeitsbegriff einen anderen vom Gesetz ebenfalls verwandten zu unterscheiden, nämlich den der Bestimmbarkeit der Gattung nach. Wir finden für diesen Begriff genau dasselbe Kriterium: leichte Ersetzbarkeit des Einzelobjektes als einer mit vielen anderen ähnlichen gleichwertigen Einzelerscheinung (§§ 243, 480, 524). Die Ver-

wertung dieses Kriteriums ist immer dieselbe: Der Schuldner einer Gattungssache muß in allerlei Fällen statt der einmal geleisteten (sei es tatsächlich, sei es fiktiv durch Unmöglichwerden) eine andere derselben Gattung liefern. Der Grund aber ist derselbe wie der für die Ausnahmestellung der vertretbaren Sachen. Denken wir nun zudem an das, was Langheineken mit Recht hervorhebt, nämlich daß die Bestimmung nach Zahl, Maß oder Gewicht eigentlich den ganzen Kreis der uns bekannten für den Rechtsverkehr in Frage kommenden Sachen erschöpft. Denn einerseits hat die Bestimmung nach Maß oder Gewicht, die man mathematisch Bestimmung mittels benannter Zahlen nennen könnte, für unsere Vorstellung nur Wert in Verbindung mit einer Zahl; andererseits ist auch die Einzahl eine Zahl. Alle für unseren Rechtsverkehr in Betracht kommenden Sachen aber können wir mit einer Zahl, sei es auch nur der Einzahl, belegen. Natürlich hat die Sache dann ihren eigenen Namen. Und dies gibt uns die Brücke zum Gattungsbegriff, denn wir können mit Mill (Bd. 1 S. 31) unter einer Gattung diejenige Klasse, d. h. Gesamtheit der Individuen bezeichnen, die alle mit einem und demselben Namen belegt werden können, mit einem Gemeinnamen. Dieser Gemeinname sagt Eigenschaften aus, die von jedem einzelnen der bezeichneten umfaßten Gegenstände wahrhaft ausgesagt werden können. Wir könnten also, um einen Unterschied zu formulieren, die vertretbaren Sachen gemäß der Definition in § 91 höchstens als die für unseren Rechtsverkehr geeigneten Gattungssachen bezeichnen. Daß diese Unterscheidung nicht gewünscht wird, ist ja klar erkennbar aus dem Umstande, daß das Bürgerliche Gesetzbuch selber den Begriff der Gattungssache verwertet. Der Gedanke der Regelung soll jedoch wohl der sein — wenn er auch durch die Formulierung kaum zum Ausdruck gebracht

wird —, daß gewisse Dinge durch Nachfrage, Angebot, Leichtigkeit der Fabrikation und andere wirtschaftlich bedeutsame Eigenschaften im Wirtschaftsverkehre in größerer Zahl oder Menge mit geringer Beachtung des Einzelgegenstandes auftreten und demgemäß sich einer bedeutenden Verkehrsleichtigkeit erfreuen sollen. Es kann demgegenüber nur betont werden, daß eine solche Abgrenzung, die natürlicherweise an jedem Orte, zu jeder Jahreszeit, ja selbst zu jeder Tageszeit andere Tendenzen aufweisen kann, zur Einführung praktisch verwertbarer Normen, wie es der § 91 eine sein soll, nicht geeignet erscheint. Wenn Planck sagt: „Sachen, die regelmäßig im Verkehr nicht in ihrer individuellen Bestimmtheit, sondern nur der Gattung nach in Betracht kommen, bei denen also ein Stück der Gattung durch jedes andere derselben Gattung vertreten werden kann, sind vertretbar", so stellt er eben vor die Anwendbarkeit des Begriffs Vertretbarkeit eine Forderung nach einer eingehenden Prüfung der für den betreffenden Fall vorliegenden Verkehrslage. Dies darf und muß zwar für den Einzelfall geschehen, nicht aber darf das Gesetz aus derartig schwankenden Begriffen generelle Regeln herleiten. Dies hat die Wissenschaft auch anerkannt und für einzelne zweifelhafte Fälle den Parteien das Recht vorbehalten, eine „objektiv" vertretbare Sache im Einzelfall als unvertretbar und umgekehrt zu betrachten. Ehe aber nicht der Begriff der Vertretbarkeit eine genauere Formulierung erhält (die von Langheineken vorgeschlagene: nur die nach Maß oder Gewicht, also mittels benannter Zahlen bezeichneten Sachen — Mengesachen — sind vertretbar, entbehrt doch wohl zu sehr der Erklärung aus dem Willen des Gesetzes, wenn auch konstruktiv gegen die klaren Deduktionen nichts einzuwenden ist), eher wird man nicht aufhören können, mit einer ständigen Verwechslung der Begriffe Vertret-

barkeit und Bestimmbarkeit der Gattung nach zu rechnen. Auch in unserem Falle wollen wir uns damit begnügen, die Folgerungen zu prüfen, die das Bürgerliche Gesetzbuch aus der Einführung der Vertretbarkeitsmomente in die Tatbestände des § 651 zieht. Wir sind uns darüber klar, daß aller Regel nach eine erst herzustellende Sache immer nur der Gattung nach bestimmbar ist (Petri S. 202). Also wird die Unvertretbarkeit der herzustellenden Sache, da sie auf das Wesen der Sache keinen Einfluß ausüben kann, wohl zusammenhängen mit der Art und Weise ihrer Herstellung. Und wenn wir dann sehen, daß § 651 gerade die Herstellung als Arbeitsleistung besonders betont, so werden wir annehmen können, daß Unvertretbarkeit in diesen Fällen eine durch besondere Anhäufung individualisierender Eigentümlichkeiten hervorgerufene Vertiefung und Erschwerung der Herstellung, eine Vermehrung der auf die herzustellende Sache zu verwendenden Arbeit bedeutet. Aus der Wechselbeziehung zwischen Regelung und Motiv der Regelung haben wir also für unseren Fall einen gewissen Maßstab für die Beurteilung gefunden, ob eine Sache als unvertretbare gedacht ist oder nicht.

III. Reine und gemischte Verträge in § 651.

Wir sahen, daß den verwickelten Rechtsverhältnissen des § 651 gegenüber vielerlei Unklarheit und Unrichtigkeit verbreitet ist und wollen nunmehr auf selbständige Weise ihn systematisch zergliedern und behandeln. Die Richtung soll uns dabei angeben eine Bemerkung, die wir bei Müller (a. a. O. S. 227) finden. Er sagt dort: „Eine Kombination von Vorschriften, die zum Teil diesem, zum Teil jenem Vertragstypus entnommen sind, ist keineswegs etwas Außergewöhnliches, sie wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch selbst in einigen Fällen vorgenommen. So bestimmt § 56 Satz 2, daß, wenn der Unternehmer sich zur Herstellung einer nichtvertretbaren Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe verpflichtet, zum Teil die Vorschriften über den Kauf, zum Teil die über den Werkvertrag Anwendung finden sollen ... durch dies Beispiel ist der Weg gewiesen für die Behandlung der gemischten Schenkung ...". Müller vergleicht also einen der Tatbestände in § 651 mit der gemischten Schenkung. Es steht nun fest, daß die gemischte Schenkung eine und zwar eine sehr häufige Form der gemischten Verträge überhaupt darstellt, d. h. mit kurzen Worten einer Art Verträge, welche eine noch näher zu bestimmende Mischung verschiedenen Vertragstypen angehörender Tatbestandselemente aufweisen. Es läßt sich demnach fragen, ob die Tatbestände des § 651 sich in der Tat als gemischte Verträge kennzeichnen. Eine bejahende Antwort, sei es teil-

weise, sei es im ganzen Umfange bejahend, müßte große Konsequenzen haben; wir sahen ja schon, daß bei der Abfassung der Bestimmung die Frage nach der Bedeutung derartiger Vertragsformen, wenn auch nicht ganz unbekannt, so doch nicht annähernd in ihrem ganzen Umfange erkannt werden konnte. So sprechen die Motive zwar an mehreren Stellen von gemischten Verträgen, überlassen aber die Beantwortung der sie betreffenden rechtlichen Fragen durchaus der Wissenschaft. Wenn auch an und für sich der Übergang von dem numerus clausus der Vertragstypen zur Vertragsfreiheit, vom starren Eintypensystem zum System der Vorherrschaft der Parteidispositionen, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch brachte, die Möglichkeit des Vorkommens gemischter Vertragsformen und daraus sich entwickelnder Schwierigkeiten deutlich in das Gesichtsfeld des Gesetzgebers hätte treten lassen müssen, so kann man es andererseits verstehen, daß gerade wegen der großen Bedeutung dieses Schrittes nicht alle Konsequenzen klar erkannt wurden. Jedenfalls ist es wahrscheinlich, daß, wenn in der Tat in § 651 gemischte Vertragsformen vorliegen, sich daraus viele Lücken und Zweifel zu erklären hätten, die als solche erst mit der fortschreitenden Entwicklung der Rechtswissenschaft erkannt und gedeutet wurden.

Es soll darum die Aufgabe der folgenden Darstellung sein, die Frage nach dem Vorliegen von Mischtypen in § 651 zu prüfen und zu beantworten. Es wird sich empfehlen, mit Rücksicht auf die große Jugend des Problems, von dem wir hier zudem nur einen Fall vorliegend haben, und über die Fragen nach Umfang, Inhalt, System usw. der gemischten Verträge uns vollständig einer der wenigen bisher sich darüber aussprechenden Meinungen anzuschließen. Es erscheint dazu am geeignetsten die mit der größten Eindringlichkeit und Vertiefung

durchgeführte Theorie Hoenigers in seinen Untersuchungen über das Problem der gemischten Verträge, auf deren Begriffsbildung und Terminologie wir deshalb zur Begrenzung des Problems wie seiner Kongruenz mit unserem Thema zurückgreifen wollen.

a) Voraussetzungen für das Vorliegen von Mischformen im allgemeinen.

Der Begriff des gemischten Vertrages setzt eine Mischung voraus, d. h. einzelne Tatbestandsstücke, welche untereinander eine Verbindung eingehen. Ob diese Tatbestandsstücke typische sein müssen, braucht hier nicht behandelt zu werden, wo wir nur die allgemeinen logischen Voraussetzungen für das Vorliegen von Verträgen, die man gemischte nennen kann, prüfen wollen. Es genügt darum an und für sich die Verbindung irgendwelcher Tatbestandsstücke; ob diese Verbindung ein Problem oder im Einzelfalle eine Schwierigkeit der Behandlung hervorruft, ist im Augenblick unwesentlich. Es ist nun ganz klar, daß die Aufnahme des § 651 gerade dadurch ihre Berechtigung und ihre Besonderheit erhält, daß der dem Titel, dem sie unterstellt ist, eigentümlichen Arbeitsleistung auf Seiten des Unternehmers sich eine entgeltliche Sachleistung, wie sie sonst im Kaufe typisch ist, verbindet. Es muß also behauptet werden, daß § 651, soweit es eine Regelung gibt, diese Regelung immer nur für den Vertrag mit Verbindung dieser zwei Tatbestandsstücke, die zum Überfluß typische sind, vornimmt.

Ebenso aber gehört zum Begriffe des gemischten Vertrages, daß das Schuldverhältnis ein einheitliches ist; wir müßten sonst von Vertragsverbindungen, Vertragskoppelungen usw. sprechen. Trotz des Streites um den Begriff der Einheitlichkeit des Vertrages können wir uns hier ohne Bedenken

für den Umfang dieses Begriffes festlegen etwa auf die Erklärung von Müller (a. a. O. S. 223), daß ein einheitliches Schuldverhältnis vorliegt, wenn das auf demselben Entstehungsgrunde beruhende Leistungsversprechen ein einheitliches ist. Für unsere Fälle wird an der Einheit des Vertrages kaum gezweifelt werden können, normalerweise wird der Entstehungsgrund ein einheitlicher sein, schon mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages, und ebenso muß das zwar verschiedene Leistungen umfassende Versprechen des Unternehmers doch im ganzen als ein einheitliches angesehen werden, sowohl objektiv durch die Bedingtheit der beiden Leistungen, als auch subjektiv nach dem Willen der Parteien mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Beziehungen. Manche (Hoeniger, Vorstudien S. 107 ff.; Schreiber a. a. O. S. 115) verlangen als drittes Moment ein schutzwürdiges Interesse an der Einheit des Vertrages. Dies ist aber, wie Liebeck (S. 28 Anm. 45) richtig bemerkt, wohl naturgemäß infolge des erforderten wirtschaftlichen Zusammenhanges der Vertragsteile gegeben.

Die für den gemischten Vertrag begrifflich notwendige Mischung von Tatbestandselementen bei Einheitlichkeit des Schuldverhältnisses liegt also vor. Da wir nun aber bei dem Begriff Gemischte Verträge ausgehen müssen von der Annahme, daß das Obligationenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Typensystem darstellt, d. h. unter seinen mehreren Titeln eine Reihe von Vertragstypen aufgestellt hat, die es für die häufigst vorkommenden hält und deshalb aus gewissen logischen und Zweckmäßigkeitserwägungen auf einen gewissen Einfachheitsstatus gebracht hat, um sie so durch Konstituierung gewisser typischer Elemente scharf voneinander abzugrenzen, so müßten als gemischte Verträge aus dem Inhalte des Obligationenrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch die Tatbestände ausscheiden,

welche entweder überhaupt keine Elemente der gesetzlichen Typen enthalten, oder welche restlos einem Typus unterstellt werden müssen (Schreiber S. 107 ff.). Daß unsere Tatbestände gesetzliche Tatbestandselemente enthalten, sahen wir schon. Dagegen wäre vielleicht der Umstand beachtlich, daß sie im Gesetz selber anscheinend geregelt sind. Dies darf uns jedoch nicht verwirren. Einerseits haben wir kaum die Berechtigung zu der Annahme, daß § 651 all die verschiedenen Verbindungen von Sachleistung und Arbeit als einen neuen Vertragstypus habe regeln wollen. Wir werden sehen, daß sowohl von einem Vertragstypus wie von einer Regelung nur in sehr begrenztem Umfange gesprochen werden kann. Andererseits aber wollen wir ja gerade eine etwaige Regelung durch das Gesetz mit der, die die Lehre von den gemischten Verträgen zeitigt, vergleichen, um dadurch einen Schlüssel für die jetzt herrschenden Zweifel in die Hand zu bekommen. Dem Tatbestand nach sind als zweifelhaft und gegebenenfalls unter § 651 fallend denkbar nur gemischte Vertragsformen. Es entfällt darum für unsere Betrachtung die für eine sonstige systematische Behandlung des Problems der gemischten Verträge nötige Abgrenzung auf die vom Gesetze „nicht geregelten" Mischformen.

Unsere Tatbestände stellen sich also dar als einheitliche Verträge, bei denen sich die eine Seite als Verbindung der typischen Herstellungsleitung mit der typischen Verkäuferleistung erweist. Nach Hoeniger (S. 4) sind nun gemischte Verträge solche, deren Tatbestand eine im Gesetze nicht vorkommende Verbindung einzelner im Gesetze unter verschiedenen Vertragskategorien normierter Tatbestandsstücke enthält. Da uns der Passus „im Gesetz nicht vorkommende Verbindung" nicht stören kann als eine Abgrenzung, die für Hoeniger auf seiner Suche nach Grundlinien für die Behandlung ge-

mischter Verträge unabhängig von gesetzlicher Regelung notwendig ist, für unseren Fall der Einzelkritik aber entfällt, so sehen wir, daß unsere eben zitierten Tatbestände in der Tat als gemischte Verträge anzusehen sind.

Aus dieser Erkenntnis folgt nun eins, das hier einleitend erwähnt werden muß: Von vornherein dürfen für die Schwierigkeiten aus § 651 verantwortlich gemacht werden nur die Tatbestände, bei denen wirklich von gemischten Verträgen gesprochen werden kann. Hinsichtlich eines noch so geringen Tatbestandteils muß jedenfalls eine Arbeits- neben einer Sachleistungspflicht bezw. umgekehrt vorliegen, sofern nur die Arbeitspflicht als solche sich von bloßen Vorbereitungshandlungen unterscheidet (vgl. darüber unten). Sonst sind die Verträge reine Typenverträge und bieten in diesem Punkte gar keine Schwierigkeiten. Die Konsequenzen dieser Erkenntnis für § 651 lassen sich hier allerdings noch nicht übersehen.

Der Weg für die Unterscheidung der einzelnen denkbaren Fälle ist nun für das Gesetz in klarer Erkenntnis der Mischung von Sach- und Arbeitsleistung und getreu seinem System, daß es die eine dieser Leistungen als für den Kauf, die andere als für den Werkvertrag typisch ansah, die Untersuchung der Frage wie ist in diesem, wie in jenem Falle das Wertverhältnis der beiden Leistungen und nach welchen Kriterien erhalten sie die ihnen angemessene Regelung?

b) Unterscheidung der Tatbestände des § 651 als teils eintypische, teils mehrtypische Verträge.

Wir folgen diesem Gedankengang und beginnen mit dem in dieser Beziehung klareren Abs. 2. Er behandelt die Fälle, in denen der Unternehmer nur Zutaten oder sonstige Neben-

sachen, d. h. Nebenstoff zu liefern hat. Hier sei gleich eins bemerkt: Bei dem Begriffe Stoff denkt man unwillkürlich an Rohstoff, an unbearbeitetes Material. Offenbar und anerkannterweise erstreckt aber das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff auch auf an und für sich fertige Produkte, die eben nur im Hinblick auf ein herzustellendes größeres Produkt, in dem sie als Stoffteile aufgehen sollen, als Rohstoffe erscheinen, wie es ja das typische Beispiel der vom Schneider zur Herstellung eines Anzugs gelieferten Knöpfe erweist.

Es ist natürlich nicht zweifellos, nach welchen Kriterien der Begriff Nebenstoff gebildet werden soll. Wir haben oben (S. 8) auf diese Frage bereits hingewiesen. Es sei hier nur kurz bemerkt, daß wir mehr der Ansicht zuneigen, welche die Nebensächlichkeit des vom Unternehmer gelieferten Stoffes an der Menge des vom Besteller gelieferten ermißt (Lotmar, Riezler). Um das bekannte Beispiel von dem Maler zu nehmen, der mit eigenen Farben auf eigener Leinwand das Bild des Mäzens malt, so sehen wir keinen Grund ein, hier, wie es H. M. verlangt, die Materialien Nebensachen oder Zutaten zu nennen. Sie sind stofflich für das Bild ebenso wichtig, wie es künstlerisch z. B. die Kompositionsgabe des Künstlers ist. Und für den betreffenden Werkvertrag, der ja doch immer zugrunde zu legen ist, ist dieser Stoff nun einmal Hauptstoff. Jedoch werden wir sehen, daß die Frage erheblich an Bedeutung verliert, da wir finden werden, daß § 651 Abs. 2 eine Regelung dieses Falles gar nicht gibt. Jedenfalls läßt sich auch aus den Sätzen der Motive (Bd. 2 S. 476) Gegenteiliges nicht entnehmen: „die Beschaffung muß erfolgen zur Herstellung oder Bearbeitung, sodaß schließlich durch die Arbeit des Unternehmers eine Verknüpfung des Nebenstoffes bezw. der fertigen Nebensache mit der Hauptsache erreicht, er oder sie selbst wesent-

licher Bestandteil der Hauptsache wird". Auch hier wird eine Gegenüberstellung von Nebenstoff und Hauptsache gegeben, die uns berechtigt, für alle Fälle das Vorliegen zweier Stoffmengen zu verlangen, um eine davon als Nebenstoff bezeichnen zu können.

Unter dieser Voraussetzung sind demnach denkbar folgende Fälle: a) der Hauptstoff ist eine fertige Sache, der Nebenstoff ist eine fertige Sache. Die Arbeit besteht in der Verknüpfung. b) Der Hauptstoff ist eine fertige Sache, der Nebenstoff ist Rohstoff. Arbeit ist dann die Herstellung der Nebensache nnd ihre Verknüpfung. c) Der Hauptstoff ist Rohstoff, die Nebensache ist fertig. Die Arbeit besteht dann in der Herstellung des Hauptstoffes zur Hauptsache und der Verknüpfung der Nebensache mit ihr. d) Der Hauptstoff ist Rohstoff, der Nebenstoff ist Rohstoff. Die Arbeit besteht in der Herstellung der Hauptsache und der Nebensache und ihrer Verknüpfung miteinander.

Wir sehen, daß in allen diesen Fällen die Sachleistung dieselbe bleibt, der Nebenstoff bezw. die Nebensache sind zu übereignen. Hingegen ist der Umfang der Arbeitsleistung ein äußerst variabler.

Indem nun das Gesetz anscheinend sagt: Da, wo der Unternehmer nur Nebenstoff beschafft, kommt ausschließlich Werkvertragsrecht zur Anwendung, wird also nur die Arbeit beachtet, sagt es offenbar zweierlei: einmal konstituiert es die Notwendigkeit einer verschiedenen Behandlung je nach dem Werte und der Menge des gelieferten Stoffes, und zweitens folgert es aus dem Vorliegen einer geringwertigen Stoffleistung auch eine geringere Wichtigkeit der mit dieser Leistung zusammenhängenden Verpflichtungen und Rechte, so zwar, daß nur das Recht der Arbeitsleistung als Hauptleistung von Bedeutung wird.

Ehe wir zu der Untersuchung übergehen, inwieweit diese scheinbare Meinung des Gesetzes begründet und zu halten ist, wollen wir feststellen, in welche der von Hoeniger scharf abgegrenzten Grundformen gemischter Verträge diese unsere aus einer Arbeitsleistung mit einer geringwertigen Sachleistung verbundenen Mischverträge unterzubringen sind. Wir müssen dabei natürlich mit einer gewissen normal-einfachen Sachlage rechnen, müssen also z. B. alle die unendlich zahlreichen Mischbildungen, welche durch Hinzutreten nichttypischer Tatbestandselemente aus Kauf- oder Werkvertragsrecht entstehen können, außer acht lassen, vielmehr uns mit der Verbindung der beiden typischen Leistungen als Normalfall begnügen. Für das Folgende ist im wesentlichen zu vergleichen Hoeniger a. a. O. § 9 S. 314 ff.

Es scheidet also von vornherein aus die Grundform, bei der einem sonst eintypischen Vertrage nur ein nichttypisches Tatbestandsstück aus einer anderen Vertragskategorie hinzugefügt wird, der sogen. Grundform ohne Typenvermengung, wo der Vertrag also immer unter einen der gesetzlichen Vertragstypen eindeutig subsumierbar bleibt. Immer muß ja in unseren Fällen auf der Unternehmerseite Sachleistung neben Arbeit vorliegen, also zwei typische Tatbestandsstücke, niemals wäre der Vertrag eindeutig subsumierbar, ohne die eine Leistung zu unterschlagen. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt vielmehr diese Form gemischter Verträge überhaupt nicht, auch die Literatur hat sich nur verschwindend mit ihr beschäftigt (so hat Rümelin alle Fälle von Mischverträgen ohne Typenvermengung, die bei Dienst- und Werkvertrag vorkommen können, systematisch behandelt, und für unsere Fälle hat Lotmar [Bd. 2 S. 59] einige Einzelfälle besprochen). Zu bemerken ist noch, daß es uns nicht wundern darf, wenn bei Hoeniger unser Chemiker-

fall als Beispiel für diese Grundform angezogen wird (S. 42). An dieser Stelle nimmt nämlich Hoeniger die Ansicht der H. M., der Werklieferungsvertrag über eine vertretene Sache sei ein Kauf, noch kritiklos an und betrachtet demgemäß als fremde Tatbestandselemente nur etwa die Ausarbeitung eines Kostenanschlags usw. Dieses Tatbestandsstück ist nun allerdings nicht für den Werkvertrag typisch, wenn es auch im Werkvertragsrechte geregelt ist; von diesem Gesichtspunkte aus konnte Hoeniger unsern Fall also mit Recht in diese Grundform verweisen. Wir aber werden sehen, daß schon der Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache ein gemischter Vertrag mit Verbindung typischer Tatbestandsstücke ist, diese Grundform also für ihn nicht in Betracht kommt. Natürlich können solche nichttypischen Tatbestandsstücke aus anderen Kategorien (z. B. aus dem Dienstvertrage die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft) sich, wie es hier ja geschieht, mit anderen Grundformen verbinden. Sie bilden dann eine weitere Komplizierung des Einzelfalles durch Verbindung mehrerer Grundformen.

Der Gruppe ohne Typenvermengung stehen gegenüber die Grundformen mit Typenvermengung, die ihrerseits wiederum in zwei Gruppen zerfallen, je nachdem ob sich bei ihnen verschiedene typische Leistungen unter einem verknüpfenden Tatbestande, oder einzelne, aber typisch wesentliche, vom Leistungsinhalt unabhängige Tatbestandsstücke miteinander kombinieren.

Die letztere Grundform, die Hoeniger spezieller „Grundform mit Typenvermengung durch vermischte Entgeltlichkeit", Enneccerus „gemischten Vertrag im engeren Sinne" nennt, hat also als Voraussetzung, daß die in ihr kombinierten Tatbestände sich von den übrigen Typen unterscheiden durch Tatbestandselemente, die vom Leistungsinhalt gänzlich unabhängig sind; wie sich z. B. Miete und Leihe, die beide dieselbe typische

Leistung, die Gebrauchsüberlassung, enthalten, sich unterscheiden durch das vom Leistungsinhalt gänzlich unabhängige Moment der Entgeltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit. So sind für eine ganze Reihe von Typen, z. B. Leibrente, Bürgschaft usw. bestimmte Leistungen typisch nicht wesentlich. Allerdings läßt Hoeniger auf Grund hier nicht zu verfolgender, aber überzeugender Deduktionen (S. 316) als neben den besonderen Leistungsinhalten und von ihnen unabhängig, typisch wesentliches Tatbestandsstück nur das Moment der Entgeltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit gelten. Es ist ersichtlich, daß diese Grundform für unsere Betrachtung ausscheidet. Denn weder beim Kauf noch beim Werkvertrag finden wir typisch wesentliche und doch vom Leistungsinhalt unabhängige Tatbestandsstücke, durch die sie sich voneinander unterscheiden. Jeder typisch wesentliche Tatbestandsteil hängt vielmehr aufs Innigste mit dem Inhalt der Leistung zusammen. Natürlich kann für einen Teil oder die ganze Leistung das Moment der Unentgeltlichkeit wesentlich werden. Doch liegt dann nicht diese eben behandelte Grundform vor, sondern eine Kombination von ihr mit der ursprünglichen, zu der unsere Tatbestände normalerweise zu zählen sind; fehlt es doch immer noch an jener vom eigentlichen Leistungsinhalt unabhängigen typischen Wesentlichkeit des Entgeltlichkeitsmomentes. (Wobei vielleicht noch daran zu erinnern ist, daß jedenfalls die Arbeit von etwaiger Unentgeltlichkeit kaum irgendwie berührt würde, da unentgeltliche Arbeit nicht als Zuwendung aus dem „Vermögen" aufgefaßt werden darf. Doch dies nur nebenbei.)

Es bleiben die Fälle der Verknüpfung typischer Leistungen. Diese zerfallen ihrerseits wieder je nach dem Wesen des leistungsverknüpfenden Tatbestandes — und als solche kommen für den Bereich unserer Untersuchungen einzig Sozietät, Synallagma

und Zusammengehörigkeit in Betracht — in die Grundform mit Typenvermengung trotz eindeutiger Subsumierbarkeit, die Grundform mit doppelter Subsumierbarkeit und die Grundform durch Verbindung mehrerer typischen Leistungen auf einer Seite.

Von diesen Grundformen scheidet aus die erste, die verschieden typische Tatbestandsstücke kombiniert, sie aber doch eindeutig, nämlich unter dem Typus der Gesellschaft, subsumiert. Wir nehmen natürlich an, daß die beiden typischen Leistungen in der Person nur eines Unternehmers zu vereinigen sind, für eine Sozietät ist, wenigstens für den beschränkten Raum dieser Betrachtungen, kein Platz.

Schwierigkeiten bietet die Behandlung des zweiten Falles, des doppeltypischen Vertrages (Enneccerus) bei dem einer typischen Leistung auf der einen eine andere typische Leistung auf der anderen Seite gegenübersteht. An und für sich wäre es auch in unseren Fällen denkbar, daß auf Seiten des Bestellers, zum mindesten teilweise, eine anders typische Leistung steht als bei dem Unternehmer. Die Bestellerleistung wurde von uns stillschweigend und normalerweise als Geldleistung angesetzt. Geldzahlung ist nun ebenso typische Besteller- wie Käuferleistung. Es wäre demnach denkbar, daß irgendwie, z. B. bei Teilzahlungen infolge eines Irrtums usw. der Besteller die für die Sachleistung bestimmte Gegenleistung als Entgelt für die Arbeit hingibt, so daß ein doppeltypischer Vertrag vorläge ... Wenn nicht eben diese Gegenleistung die neutrale Geldleistung wäre (Hoeniger S. 84). Die neutrale Geldleistung verhindert an und für sich, daß jeder gegenseitige Vertrag doppeltypisch wird, wie es eigentlich notwendig wäre, da jeder Vertrag schon durch die Leistung der einen Vertragsseite eindeutig typisiert wird. Es muß also die indifferente

Geldleistung einspringen, um überhaupt eindeutige Subsumptionen gegenseitiger Verträge zu ermöglichen. Das bedeutet aber wiederum auch, daß bei Verbindung zweier Typen, die jeder für sich die indifferente Geldleistung als Gegenleistung haben, diese nunmehr kombinierte Geldleistung wiederum indifferent wird, vielmehr es bleibt. Wenn also, wie wir voraussetzen, die Bestellerleistung in einer reinen Geldleistung besteht, so ist eine doppelte Subsumierbarkeit nicht möglich und auch diese Gruppe entfällt.

Es bleibt also nur die Grundform, in der sich auf nur der einen Seite mehrere typische Leistungen als in einem einheitlichen Vertrag zusammengehörend versprochen erweisen, wo also eine eindeutige Subsumierbarkeit ebensowenig möglich ist wie eine doppelte, ohne eine der Leistungen zu unterschlagen oder dem Vertrage einen zu weitgehenden Inhalt zu geben. Das einheitlich zusammengehörende Versprechen haben wir oben schon konstatiert, ebenso die Unmöglichkeit der Subsumierung. Wenn also der Unternehmer sich verpflichtet, unter Beschaffung von Nebenstoff ein Werk herzustellen, so liegt ein gemischter Vertrag der Grundform mit Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen vor.

(Fraglich bleibt es, welche Mischform Enneccerus annehmen würde, einen Kombinationsvertrag, d. i. der Vertrag, durch den sich der eine Kontrahent zu mehreren verschiedentypischen Hauptleistungen, der andere zu einer einheitlichen Gegenleistung verpflichtet, oder einen typischen Vertrag mit untergeordneter andersartiger Leistung — also kein gemischter Vertrag —, wo nur eine Hauptleistung und neben ihr eine untergeordnete Leistung versprochen wird. Es ist anzunehmen, daß er, da es sich um Nebensachen handelt, die Sachleistung für untergeordnet halten und den Vertrag der zweiten Gruppe

einreihen wird, [so auch seine Bemerkung Anm. 29 zu § 323 a. a. O. S. 300: ein Werkvertrag liegt vor, wenngleich der Unternehmer nebensächliche Zutaten stellt; denn die Lieferung von Zutaten ist nur ein Mittel zur Ermöglichung der Arbeit, darum kommt sie für sich allein nicht in Betracht, ist vielmehr dem Hauptzweck des Vertrages untergeordnet]. Beide Gruppen hat ja Hoeniger in der seinigen vereinigt. Nicht hier, sondern später soll darüber gesprochen werden, ob wir die von Enneccerus verfolgte Unterscheidung nach Haupt- und Nebenleistung annehmen dürfen.)

Unsere Frage ist nun: sind es diese eben (S. 34) gekennzeichneten Verträge, welche § 651 Abs. 2 meint, wenn er sagt: ... Es finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung?

Diese Frage wäre ohne Rücksicht auf etwaige Unzuträglichkeiten bedingungslos zu bejahen, wenn wir einer Meinung beiträten, der wir an dieser Stelle gedenken wollen, wenn wir nämlich mit Schreiber (a. a. O. S. 194) sagten: „das Gesetz steht auf dem Boden des Absorptionsprinzips". Das heißt, das Gesetz kennt allerdings Tatbestände, die in der Form eines einheitlichen Vertrages mehrere nebeneinander versprochene Leistungen aufweisen. Es steht für die Beantwortung der Frage nach der Behandlung solcher Tatbestände prinzipiell auf dem Standpunkte, daß unter den verschiedenartigen Leistungen eine und zwar meist die wirtschaftlich hervorragendste herausgesucht werden und ihr für die Behandlung ausschlaggebende Wirkung zuerteilt werden muß, so zwar, daß die Rechtsfolgen der anderen Leistungen absorbiert werden. Man hat zur Erhärtung dieser Ansicht auf gesetzliche Anwendungsfälle des Absorptionsprinzipes hingewiesen (namentlich Lotmar im 4. Kap. a. a. O.) und hat § 651 Abs. 2 einen dieser Fälle genannt.

Stimmen wir dem zu, so bliebe uns nun nichts weiter übrig, als Kriterien zu finden für den Begriff Nebenstoff, um dann in den Fällen, wo der Unternehmer nur Nebenstoff liefert, das reine Werkvertragsrecht in Anwendung zu bringen. Zu welchen Konsequenzen diese Methode führen würde, haben wir an unserem Beispiel mit dem Schreiner gesehen.

Oft genug finden wir zur Erhärtung dieser Ansicht auch noch die Behauptung, die Motive selber sprächen die Absicht des Gesetzes, die Rechtsfolgen der Veräußerungspflicht zu absorbieren, aus. Dieser Ansicht muß durchaus entgegengetreten werden. Sie beruht u. E. lediglich auf Voreingenommenheit, die wiederum hervorgeht aus der unausrottbaren Vorstellung, mit dem Begriffe der Hauptsache, der Hauptleistung, des Hauptgegenstandes sei immer das Element des alles Nebensächliche Auffaugenden, Absorbierenden verbunden. Weil die Motive sagen (Bd. 2 S. 476): „Das juristische Wesen des Vertrages bestimme sich nach seinem Hauptgegenstande; d. h. das Wesen des Vertrages als Werkvertrag werde nicht dadurch geändert, daß der Übernehmer nur Nebensachen liefere. Somit erscheine es angemessen, für diesen Fall eine Bestimmung zu geben, daß die Vorschriften über den Werkvertrag anwendbar blieben", deshalb glaubt man, die Motive wünschten Absorption der Nebenleistung. Sie sagen aber doch etwas ganz Natürliches; natürlich wird das Wesen des Vertrages nicht geändert, nämlich des Vertrages auf Herstellung, der im vollen Umfange bestehen bleibt und nur eine Erweiterung erhält. Kein Wort von Absorption, wie erst die unglückliche Fassung des Abs. 2 begründen konnte.

Diese unglückliche Fassung aber führt uns zur Lösung unserer Frage; den Weg hat Hoeniger gezeigt. Natürlich hat sich Hoeniger bei seinen systematischen Betrachtungen

auch mit § 651 Abs. 2 als einem der von Lotmar behaupteten zehn Fälle gesetzlicher Absorption im Bürgerlichen Gesetzbuch beschäftigen müssen. Er hat ihn jedoch im Gegensatz zu acht anderen Fällen, in denen er diese Behauptung widerlegt hat, nicht ausführlich behandelt, uns aber in der Widerlegung eines dieser acht Fälle einen Weg auch zur Widerlegung dieses Falles gewiesen.

Wir sahen, daß zur Bildung einer uns interessierenden Mischform immer die beiden typischen Leistungen, Sachleistung und Arbeit, zusammentreffen mußten. Wir sahen aber auch schon, daß es einige Fälle gibt, wo die Übereignungspflicht des Unternehmers eine untergeordnete Rolle spielt, ja ganz entfällt, und zwar durch die Erfüllung der Arbeitspflicht. Das waren die Fälle, wo der Besteller durch Akzession Eigentümer des vom Unternehmer verschafften und verarbeiteten Stoffes wird. Wenn nämlich der Nebenstoff des Unternehmers durch die Verarbeitung zum wesentlichen Bestandteil des ganzen Werkes geworden ist, erwirbt, da das Werk dem Nebenstoff gegenüber als Hauptsache anzusehen ist, der Besteller mit der Verarbeitung das Eigentum am Nebenstoff. Es ist ersichtlich, daß dies nicht immer der Fall zu sein braucht, gewiß wird ebenso häufig die Verbindung der beiden Stoffmassen eine geringere sein, so daß der Nebenstoff der Hauptsache gegenüber nur Zubehörqualitäten aufweist, d. h. ohne Bestandteil zu werden, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt ist und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis steht. Wie es ja bei unserem Beispiel bei dem Schlüssel, event. auch bei geeigneter Beschaffenheit des Schlosses der Fall war. In diesen Fällen bedarf es also noch einer Übereignung.

Es ist nun ersichtlich, daß für die ersten Fälle eine An-

wendung des Kaufrechts keine Bedeutung hat. Infolge einer speziellen, sachenrechtlichen Bestimmung entfällt bei derartigen Verbindungstätigkeiten ein Eigentumsübergang durch Tradition oder Traditionssurrogate, wie er an und für sich erwartet werden müßte. Die Gründe dieser Bestimmung sind rein sachenrechtliche und hier nicht zu prüfen. Etwaige nachteilige Folgen für die Beteiligten werden gemäß §§ 949 ff., d. h. im allgemeinen nach Bereicherungsrecht, ausgeglichen. Damit sind natürlich andere Rechtsbehelfe und Normenkomplexe ausgeschlossen. Wir haben deshalb kein Recht anzunehmen, daß die besonderen Rechtsfolgen, die eine Anwendung des Kaufrechts in unserem Pseudomischvertrag haben könnte, also z. B. hinsichtlich Rechtsmängelgewähr usw., von dieser Kassation verschont bleiben sollen, die §§ 947 ff. aussprechen. Das Wesentliche der Verkäuferleistung ist die Eigentumsverschaffung, der Übergabe ist ja schon durch die Verarbeitung Genüge getan; wo also die Eigentumsverschaffung fortfällt, da sie vom Gesetze durch besondere Regelung besonders statuiert wird und der Eigentumsübergang ipso iure erfolgt, da hat es keinen Sinn, die Anwendung der Rechtsfolgen der normalen Verkäuferleistung Anwendung finden zu lassen. Die Vertragspflicht des Unternehmers erschöpft sich hier vielmehr, so merkwürdig dies klingt, in einer Arbeitspflicht, das heißt aber nichts anderes, als daß hier gar kein gemischter Vertrag vorliegt. Der Vertrag ist ein eintypischer Arbeitsvertrag, auf den reines Werkvertragsrecht anzuwenden ist.

Diese Erkenntnis ist etwas Selbstverständliches. Wenn also § 651 Abs. 2 nicht nur ein Aussprechen dieser Selbstverständlichkeit, sondern eine wirkliche Regelung enthalten soll, so kann sich diese nur auf die Fälle beziehen, in denen der Besteller nicht alsbald durch Akzession Eigentümer wird.

Die uns beschäftigende Frage bleibt ja immer die, ob es sich um verschiedene Leistungszusagen handelt und inwieweit diese vom Gesetz gewährleistet werden. Nun finden wir bei Betrachtung des § 651 Abs. 2 eine offenbare Diskrepanz zwischen Leistungszusage und Gewährleistung. Er sagt, daß da, wo der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Nebenstoff verpflichtet, ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung finden. Es ist dabei natürlich wie immer vorauszusetzen, daß diese Stoffbeschaffungszusage verbunden sein muß mit einer Eigentumsverschaffungszusage, die ihrerseits wiederum den Unternehmer zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Es findet sich aber im ganzen Werkvertragsrecht keine Vorschrift welche die Zusage der Eigentumsverschaffung gewährleistet, mit Ausnahme von § 651 Abs. 1 Satz 1. Dieser aber ist von der Anwendung aus folgenden Gründen ausgeschlossen: er behandelt, wie sich aus der Gegenüberstellung in Abs. 2 ergibt, den Fall, daß der Unternehmer Hauptstoff liefert, als ganz speziellen Fall eines nicht vollständig unter Werkvertragsrecht fallenden Tatbestandes. Selbst zugegeben, in Abs. 1 Satz 1 sei eine Übereignungspflicht des Unternehmers konstituiert — eine Ansicht, der wir, wie unten weiter auszuführen ist, nur bedingt beitreten —, so hängt doch diese zugegebene Rechtsfolge wesentlich und unentäußerlich ab von der Voraussetzung, daß der Unternehmer eben Hauptstoff liefert, weil nur dann dem Gesetz ein genügend wichtiger Grund zur Unterstellung bedeutsamer kaufrechtlicher Verhältnisse gegeben erscheint. Daraus und ebenso daraus, daß Abs. 2 in der Einführung des reinen Werkvertragsrechts ganz offenbar einen Gegensatz zum Kaufrecht festlegen will, müssen wir folgern, daß der Abs. 2 jegliche kaufrechtliche Norm, d. h. mit § 433 auch § 651 Abs. 1 für unanwendbar hält. Das Gesetz würde also die versprochene

Eigentumsverschaffung nicht gewährleisten, der Unternehmer brauchte nicht zu übereignen. Das aber bedeutete nichts anderes als eine Durchbrechung des Prinzips der Vertragsfreiheit, das den Parteien den Eintritt der Rechtsfolgen einer jeden Abrede, soweit sie nicht gesetzwidrig oder unsittlich ist, gewährleistet. Einen Widerspruch zu diesem grundlegenden Prinzip aber dürfen wir nirgends im Gesetze annehmen.

Wir haben vielmehr im Abs. 2 gar keine Regelung vor uns, sondern nur eine Art Wiederholung, wie sie ja das Bürgerliche Gesetzbuch an manchen Stellen bringt. Das Gesetz nimmt den es Anwendenden ein wenig Arbeit ab und sagt: In den Fällen, in denen der Unternehmer nur Nebenstoff zu beschaffen hat, dürfen die §§ 947 ff. nicht übersehen werden. Die dort getroffene Regelung kassiert das Kaufelement in der Unternehmerleistung; es findet also in den hierfür passenden Fällen ausschließlich Werkvertragsrecht Anwendung.

Nicht dagegen hat Abs. 2 an die Fälle gedacht, in denen, wie bei Zubehöreigenschaft der verknüpften Nebensache, die Eigentumsverschaffungspflicht weiterbesteht. Ebensowenig kann die Regelung dieser Fälle, wie Ochß es will (S. 66), nach § 651 Abs. 1 erfolgen, denn Abs. 1 setzt ja immer Beschaffung von Hauptstoff voraus. Es fehlt vielmehr für diese Fälle einfach an einer gesetzlichen Regelung.

Wir fassen zusammen: § 651 Abs. 2 kann in Betracht kommen allgemein nur für Fälle, in denen der Unternehmer Nebensachen beisteuert; und zwar Nebensachen in demselben Sinne, wie dieser Begriff in § 947 Abs. 2 gebraucht wird (ein Argument für unsere oben ausgesprochene Ansicht, daß „Nebenstoff" immer einen „Hauptstoff" voraussetzt). Unter diesen Fällen aber, die an und für sich gemischte Verträge sind — kann doch die Geringwertigkeit der Sachleistung nicht ein

völliges Nichtbeachten derselben zur Folge haben —, muß unterschieden werden: In vielen Fällen kann das Gesetz mit Rücksicht auf §§ 947 f. mit ruhigem Gewissen die Beachtung dieser Sachleistung unterlassen, da die aus ihr entstehenden Rechtsbeziehungen anderweitig als im Kaufrecht geregelt sind. Es sind dies die Fälle, in denen die Sachleistung durch Eigentumsübergang kraft Akzession entfällt und auf die allerdings reines Werkvertragsrecht Anwendung finden muß. Die Fälle aber, die in Wahrheit eine Mischung von Sachleistung und Arbeit enthalten, sind von § 651 Abs. 2 nicht geregelt worden.

Wir wenden uns nunmehr dem Abs. 1 zu. Dieser umfaßt die Tatbestände, bei denen der Unternehmer sich neben der Herstellung eines Werkes zur Beschaffung des dazu nötigen Hauptstoffes verpflichtet. Aus der verschiedenartigen Fassung und Regelung des ersten und zweiten Satzes ersehen wir, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einen Unterschied anerkennt, je nachdem das Werk vertretbar oder unvertretbar ist. Über den Inhalt, welchen diese Begriffe haben, ist oben gesprochen worden.

An dem Wesen der Tatbestände ändert sich also dem Abs. 2 gegenüber nur insofern etwas, als der Unternehmer nicht Nebensachen, sondern den Hauptstoff zu liefern hat. Es ist klar, daß dadurch die Stellung dieser Verträge im System der Grundformen nicht verschoben wird, denn Hoeniger kennt keine Grundformen, die sich durch die wirtschaftlichen Wertstufen innerhalb der ihnen zugehörenden Tatbestände unterscheiden (eine Unterscheidung, die z. B. bei Enneccerus aus der Einführung und Verwertung des Begriffes Nebenleistung, dem Hauptzweck untergeordnete Leistung usw. zu folgern ist).

Wir müssen, wenn wir nunmehr zur Betrachtung des Abs. 1 Satz 1 u. Satz 2 Halbsatz 1 übergehen, uns wiederum als Leitmotiv unserer Frage erinnern, um welche Leistungs-

zusage es sich handelt und inwieweit sie vom Gesetze gewährleistet wird. Hoeniger ist es, der für diesen Fall eine Diskrepanz zwischen Zusage und Gewährleistung entdeckt. Dem ist in der Tat so. Abs. 1 Satz 1 sagt wörtlich: Wenn sich der Unternehmer verpflichtet, das Werk aus von ihm zu beschaffendem Stoffe herzustellen, so hat er die hergestellte Sache zu übergeben und zu übereignen. Wo bleibt da die Gewährleistung der Herstellungspflicht? Wer sich verpflichtet, herzustellen, der ist doch eben in erster Linie verpflichtet, herzustellen. Wenn darum das Gesetz bei Vorliegen einer Herstellungspflicht diese nicht gewährleistet, so läge darin wiederum eine Durchbrechung des Prinzips der Vertragsfreiheit. Nicht helfen kann der Einwand, daß § 651 ja unter dem Titel Werkvertrag steht, also ein Teil der Unternehmerleistung, da immer ein Werkvertrag zugrunde zu legen ist, die Werkherstellung ist. Dem ist entgegenzuhalten: Aus der ausdrücklichen Aufhebung des die Verkäuferleistung gewährleistenden § 433 für den Fall der Lieferung einer unvertretbaren Sache zu Gunsten der die Herstellung gewährleistenden, entsprechenden Werkvertragsregel, d. h. des § 631, schließen wir durch conclusio a maiore ad minus: wenn gar bei unvertretbaren Sachen, denen das Gesetz eine größere Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Herstellungszusage zubilligt als den vertretbaren — wie noch unten auszuführen sein wird —, die Herstellungszusage erst ausdrücklich gewährleistet werden muß, dann ist eine solche Herstellungszusage für die vertretbaren Sachen, d. h. die Fälle von Abs. 1 Satz 1, nicht als grundsätzlich präsumierbar anzunehmen. Das Gesetz zeigt vielmehr durch die Regelung in Satz 2, daß es, wohl gemerkt, nicht die Werkvertragsnatur des betreffenden Vertrages absorbiert, wohl aber sie gar nicht annimmt, gar nicht mit ihr rechnet und sich dadurch in der

Tat einer großen Inkorrektheit schuldig macht. Ausdrücklich wird der Begriff des Herstellens, der dem Werkvertrage eigentümlich ist, eingeführt oder besser aus den vorhergehenden Bestimmungen beibehalten; und im selben Atem wird gesagt: eine Pflicht zur Herstellung besteht nicht. Wir stimmen also mit Hoeniger überein, wenn er (S. 368) sagt: Es würde aus dem Wortlaut die ganze ungeheuerliche Durchbrechung des Prinzips der Vertragsfreiheit folgen, daß jemand eine Leistung, die er versprochen hat, nicht zu leisten verpflichtet ist. Dies kann der Sinn der Bestimmung nicht sein.

Wir finden die Lösung hier wie oben durch eine Unterscheidung.

In sehr vielen Fällen, wo die beiden typischen Leistungen anscheinend zusammentreffen, ist zu bemerken, daß sich doch das Wertverhältnis stark verschiebt, ja die eine Leistung ganz verschwinden kann, obwohl vielleicht im Tatbestande das Wort Herstellen noch verwandt wird. Es bedarf für sehr viele Fälle einer genauen Untersuchung zu der Feststellung, ob wirklich hier die Herstellung zugesagt war, oder ob nicht vielmehr versprochen war Leistung in dem durch die Herstellung zu erreichenden Zustande, so daß dieser Zustand als zugesicherte Eigenschaft erscheint. Oftmals nämlich, fast zu jeder Sachleistung sind vorbereitende Handlungen nötig, ohne welche die Leistung gar nicht möglich ist (vgl. Hoeniger S. 119). Man kann diese Vorbereitungshandlungen sehr wohl eine Art Herstellung nennen. Auf sie aber hat, und dadurch unterscheiden sie sich von der wahren Herstellung, der Besteller keinen klagbaren Anspruch. Niemand wird, sagt Hoeniger, der salzkaufenden Köchin eine Klage darauf geben, daß der Kaufmann an das Faß geht, Salz herausnimmt, abwiegt und dann verpackt über den Tisch reicht. Könnte er nicht, so fügen wir

hinzu, ebenso in Originalpackungen verkaufen, die der Paketbote soeben vor der Köchin auf den Ladentisch gelegt hat, wo also zweckmäßigerweise diese das Paket selbst ergreift und in ihre Markttasche steckt? Das Unterlassen der Vorbereitungshandlungen kann den Unternehmer höchstens insoweit verpflichten, als dadurch die Leistung unterbleibt. Nicht die Herstellung des Werkes, d. h. das dem verlangten Quantum entsprechende transportable Zurichten des Pakets ist Gegenstand des Vertrages; Vertragsbestandteil ist nur das, daß die Köchin ihr gewünschtes Quantum transportabel zugerichtet bekommt, d. h. die transportable gewichtsmäßige Zurichtung ist zugesicherte Eigenschaft der Ware, wenn nicht ausdrücklich, so jedenfalls nach Treu und Glauben.

Diese Art Herstellung also ist gar keine wahre Herstellung, keine versprochene Arbeit. Hoeniger meint nun, daß dieser Fall bei Lieferung vertretbarer Sachen sehr häufig, fast immer vorliege. Darin ist ihm sicher Recht zu geben. Er scheint aber auch zu meinen, daß nur bei vertretbaren Sachen dies der Fall sei; darin ist ihm nicht beizustimmen. Selbstverständlich kann ebensogut bei Lieferung nichtvertretbarer Sachen genau die gleiche Erscheinung sich zeigen, daß nicht die Herstellung, sondern die Lieferung in dem durch die Herstellung erreichten Zustande Vertragsgegenstand ist, wobei dieser Zustand das Produkt einer Reihe nichtbeachtlicher untypischer Vorbereitungshandlungen ist. Ganz offenbar aber liegt in den Fällen, wo die Herstellung nicht Vertragsgegenstand ist, kein gemischter Vertrag vor. Wie soll denn eine oder eine Reihe von unbeachtlichen Vorbereitungshandlungen den sonst reinen Übereignungsvertrag zu einem Mischvertrag stempeln können?!

Natürlich hat dieser Umstand seine Bedeutung ohne Rücksicht darauf, ob es sich gerade um die eben behandelten Tat-

bestände bei Lieferung von Hauptstoff handelt. Überall da vielmehr, wo Sachleistung mit Arbeit sich verbindet, gibt es eine Intensitätsstufe der zu leistenden Arbeit, die man noch nicht als Herstellung im werkvertragsrechtlichen Sinne bezeichnen kann, sondern die im Rahmen der fast zu jeder Sachleistung erforderlichen Vorbereitungshandlungen stecken bleibt; mag es sich im Einzelfall um Lieferung von Haupt- oder Nebenstoff durch den sogen. Unternehmer, mag es sich um vertretbare oder unvertretbare Sachen handeln. Dann aber ist ja gar keine Typenvermengung, nicht einmal Mischung eines Veräußerungsvertrages mit einem untypischen Tatbestandsstück aus dem Werkvertragsrecht gegeben, ein gemischter Vertrag kann überhaupt nicht in Frage kommen.

Diese Erkenntnis aber von der Bedeutung des Intensitätsgrades der zugesagten Arbeit kann allein noch nicht zur Aufklärung des Abs. 1 Satz 1 führen. Wir müssen vielmehr diese Erkenntnis verwenden, indem wir sagen: nichts hindert uns daran, die falsche und unbrauchbare Formulierung berechtigt uns vielmehr dazu, dem § 651 Abs. 1 Satz 1 einen seinem und dem Gesamtcharakter des § 651 entsprechenden Inhalt zu geben. Daraus, daß § 651 die Verträge behandelt, welche Sachleistung mit Arbeit gewöhnlich vermischt zeigen, und offenbar für einen Teil dieser Fälle die Anwendung reinen Kaufrechts wünscht, sowie daraus, daß die sogen. Herstellung vielmehr nur Zusage der Leistung in dem durch die Herstellung erreichten Zustande besonders häufig bedeutet, wenn es sich um Lieferung der meist in großen Massen fabrikmäßig hergestellten und fertig auf Lager gehaltenen vertretbaren Sachen handelt, dürfen wir folgern, daß das Gesetz uns eine Weisung geben will, welche Tatbestände es in dieser Beziehung einer besonders eingehenden Prüfung unterworfen wissen will, nämlich die

Verträge auf Lieferung vertretbarer Sachen aus Stoff des Unternehmers. Sodaß wir mit Hoeniger sagen können (S. 371): § 651 Abs. 1 Satz 1 würde korrekt gefaßt besagen, daß, wenn von den Parteien die Herstellung einer vertretbaren Sache aus dem Stoff des Unternehmers versprochen wird, im Zweifel nicht eine Verpflichtung zur Vornahme der Herstellungsarbeit, sondern nur zur Leistung einer Sache in dem durch die Herstellung zu bewirkenden Zustande begründet sein soll. D. h. also, es liegt kein gemischter Vertrag vor und der Aufforderung Kaufrecht anzuwenden, kann und muß Folge geleistet werden.

Das Gesetz weist uns, ähnlich wie schon Abs. 2 dies in seinem Falle tat, darauf hin, daß die Unterscheidung zwischen dem eintypischen und den gemischten Formen bei diesen häufigen und wichtigen Verträgen nicht ganz einfach ist und versieht uns deshalb für diese Unterscheidung mit einer Auslegungsregel des eben formulierten Inhalts. Gleichzeitig aber erhalten wir dadurch die Möglichkeit, e contrario zu argumentieren, daß, wenn eine Herstellungszusage vorliegt, sei es nun hinsichtlich einer vertretbaren oder einer unvertretbaren Sache, jedenfalls nicht das reine Kaufrecht Anwendung finden soll. Ebenso folgern wir, daß sich § 651 eine bestimmte Vorstellung von den Kriterien macht, welche im Einzelfall eine wirkliche Herstellungszusage als vorliegend kennzeichnen. So natürlich als augenfälligstes Kriterium die Eigenschaft der Unvertretbarkeit, bei deren Vorliegen wohl gern an das Moment der Schwierigkeit in der Herstellung, das wir oben als für ihn charakteristisch bezeichnet hatten, gedacht wird; dann aber auch, wie es ja nur gesund und verständig ist, wird, wie aus der Formulierung als Präsumption ersichtlich, der Parteivereinbarung der gebührende Anteil an der Bestimmung

eingeräumt. Mithin kann der Satz der Motive (Bd. 2 S. 475): ... bis zum Nachweise einer abweichenden Vereinbarung der Parteien soll ein gewöhnlicher Veräußerungsvertrag angenommen werden ..., als unsere Ansicht unterstützend bezeichnet werden. D. h. nicht wird, wie H. M. sagte, durch Parteivereinbarung eine objektiv unvertretbare Sache als vertretbar „behandelt" und demgemäß Anwendung des Kaufrechts erzwungen, sondern der Parteivereinbarung vor allem anderen bleibt es vorbehalten, bei Lieferung vertretbarer wie unvertretbarer Sachen durch wahre Konstituierung einer Herstellungspflicht die ausschließliche Anwendung von Kaufrecht abzuwenden.

Ebenso wird jetzt zweifellos, was wir oben mit guten Gründen stützen mußten, daß in allen Fällen, die für Abs. 1 in Betracht kommen, sei es denen mit, sei es ohne Herstellungszusage, die Sachleistung des Unternehmers gewährleistet wird. Eine Sachleistung wird immer vorausgesetzt, fraglich ist nur, ob sich eine Arbeitsleistung hinzugesellt. Das soll nicht heißen, daß ein Kauf als „Hauptvertrag", ein eventueller Werkvertrag als „Nebenvertrag" vorausgesetzt werde; von derartigen Wertmaßen hält sich Abs. 1 wohlweislich fern, sondern buchstäblich ist in allen diesen Fällen der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und zu übereignen.

Festhalten müssen wir jedoch, daß diese ganzen eben entwickelten Gedankengänge auch nur speziell für Abs. 1 gelten und direkt auf Abs. 2 z. B. nicht angewandt werden dürfen.

Zweifellos ist jetzt jedenfalls, daß § 651 Abs. 1 Satz 1 keinen Fall gesetzlicher Absorption darstellt und er uns nicht zwingt, für eine bestimmte Gruppe von Fällen, in denen Sach- und Arbeitsleistung sich mischen, die letztere als geringwertige Nebenleistung unbeachtet zu lassen. Er weist uns vielmehr

auf das leichte Verschwimmen der Grenzen dieser Verträge mit anderen, nichtgemischten Tatbeständen hin. Eine wirkliche Regelung gibt er uns nicht. Die blieb dem Satz 2 des Abs. 1 vorbehalten.

Wir kommen nun zum dritten Fall in § 651, den H. M. Werklieferungsvertrag, d. h. Herstellung eines unvertretbaren Werkes aus Hauptstoff des Unternehmers, nannte. Wir von unserem Standpunkt aus können ja eigentlich schlecht sagen: „zum dritten Falle in § 651". Denn wir haben soeben gesehen, daß § 651 Abs. 1 Satz 1 gar keinen Fall bildet, für gar keinen Fall eine Regelung bietet, vielmehr für eine ganze Reihe von Fällen eine Auslegungsregel mit Schlußfolgerungen enthält, darunter auch für den , der im Satz 2 nachher einer Spezialregelung unterworfen wird. Wir könnten also nur von einem der Unterfälle des zweiten großen Hauptfalls in § 651 sprechen, des Falls, daß der Unternehmer verpflichtet ist, Hauptstoff zu beschaffen. Der Unterfall ist der, daß das herzustellende Werk unvertretbar ist.

Daraus folgt natürlich auch, daß hier wieder nur dieselbe Grundform gemischter Verträge vorliegen kann, welche schon für Abs. 1 und auch für Abs. 2 ausschließbar möglich war.

Es wird sich fragen, ob auch hier wieder unter dem Anschein einer Regelung in Wahrheit nur Anweisungen gegeben werden zur Unterscheidung leichte verschwimmender Tatbestände, wie es die anderen Sätze taten, oder ob hier endlich einmal in der Tat eine Regelung eines, und zwar welches gemischten Vertrages konstituiert wird. Namentlich werden wir auch untersuchen müssen, ob die Spezialisierung auf die Lieferung unvertretbarer Sachen den Sinn hat, daß nun bei Vorliegen dieser Voraussetzung in allen Fällen ohne Rücksicht auf Vor-

liegen einer Herstellungszusage die kombinierte Regelung in Satz 2 eintreten soll, oder ob zum Eintritt dieser Regelung die Existenz eines Mischvertrages Voraussetzung ist.

Dafür, daß das Gesetz an einen Unterschied in dieser Beziehung nicht gedacht hat, spricht mancherlei, so die Übernahme des Bedingungssatzes aus Satz 1, die in dieser Fassung eine gewisse Gleichgültigkeit gegen das Vorliegen einer wahren Herstellungsfrist beweist, die Übernahme der Kaufrechtsgrundlage mit anscheinend vorwiegender Betonung der Sachleistung usw. Dagegen spricht vor allem folgendes:

Es muß wiederum unsere erste Sorge die Prüfung sein, ob und welche Leistungsversprechen vom Gesetz gewährleistet werden. Wenn wir sie gewährleistet sehen, so müssen wir daraus zwingend schließen, daß sie gewährleistet werden nur wenn und soweit sie versprochen werden. Sind sie dagegen nicht gewährleistet, so ist der Sinn der Bestimmung hervorzukehren.

Ganz klar ist die Gewährleistung der Herstellungszusage, denn für sie wird durch ausdrückliche Regelung an Stelle des auf sie nicht passenden § 433 eigens der entsprechende Paragraph des Werkvertragsrechts eingeführt. Nicht brauchen wir nämlich an dieser Stelle zu fragen, welche Werkvertragsnormen an Stelle der aufgehobenen Kaufnormen anwendbar sind, nur die entsprechenden oder generell alle. Daß zum mindesten und jedenfalls die entsprechenden anwendbar sind, unterliegt keinem Zweifel. § 433 gibt die typischen Kaufleistungen, die entsprechende Werkvertragsbestimmung ist natürlich § 631. Der aber legt dem Unternehmer die Pflicht der vertragsmäßig übernommenen Herstellung auf. Nicht so klar liegt es dagegen mit der Gewährleistung des Übereignungsversprechens, denn die passende Vorschrift aus § 433 ist eigens aufgehoben. H. M.

erklärte das ja sehr einfach und konsequent damit, daß sie § 433 für durch § 651 Abs. 1 Satz 1 ersetzt ansieht und somit die Übereignungspflicht aus dieser Bestimmung herleitet. (So sagt Oertmann Bem. 2b zu § 651: Die Verschaffungspflicht bleibt, das ergibt der Sinn des Paragraphen und der allgemeine Wortlaut des Satz 1. Die Nichtanwendbarkeit des § 433 erklärt sich daraus, daß er teils durch Satz 1 gedeckt, teils, weil wegen Herstellungspflicht des Unternehmers nicht weitgehend genug, durch die passendere Bestimmung des § 631 ersetzt wird; nicht daraus, daß hier die Verschaffungspflicht entfallen soll. Ebenso Hachenburg S. 70.) Ganz so einfach ist für uns die Aufgabe von § 433 nicht zu verschmerzen, da wir die klare Formulierung der Übereignungspflicht, wie sie der Wortlaut gibt, als eine falsche Folgerung aus einer inkorrekt gefaßten Prämisse nicht annehmen konnten. Wir haben hier dieselbe Lücke, die uns oben schon einmal deutlich wurde. Der sie ausfüllende Gedankengang ist wohl kurz der: § 651 Abs. 1 will die Fälle regeln, wo der Unternehmer aus eigenem Stoff ein Werk liefert, und zwar will er sie regeln mit Rücksicht auf Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Herstellungsverpflichtung. Indem nun Satz 1 sagt, daß bei einer Gruppe von Fällen das Vorliegen einer Herstellungspflicht durch besondere Umstände erwiesen sein muß, und daß ohne Vorhandensein dieser Umstände auf diese Verträge als reine Kaufverträge Kaufrecht anzuwenden sei, führt er, allerdings mit recht verzwickter Logik den § 433 in den Kreis der anwendbaren Normen ein. Er konstituiert ein für allemal selbständig neu für die komplizierten Tatbestände des § 651 Abs. 1 die Gewährleistung der vom Unternehmer versprochenen typischen Sachleistung — nicht in dem Sinne, daß nur diese geschuldet sei, das können wir nicht anerkennen; sondern daß diese, wenn

versprochen, auch gewährleistet werde. Es soll hier, vielleicht auch gerade im Gegensatz zu Abs. 2, gezeigt werden, daß es sich in Abs. 1 „grundsätzlich" (wir müssen dieses häßliche und vieldeutige Wort wählen) um Käufe handelt, welche gegebenenfalls durch Werkvertragsrecht modifiziert werden sollen. Daß die Gedanken und Unterscheidungen nicht so klar zum Ausdruck kommen, wie wir es wünschen müßten, kann dem Gesetzgeber nicht zum Vorwurf gemacht werden. Konnte er doch über die weitgehende exemplarische und zu zweifelfreiester Formulierung verpflichtende Bedeutung der gesetzlichen Regelung gemischter Vertragsformen nicht im klaren sein. Deshalb sind ja auch die drei Fälle, in denen dies geschehen ist, die §§ 651, 675 u. 700, so voller Zweifelsfragen und Unklarheiten. Um so erfreulicher ist es, daß die nachlässige Fassung des § 651 uns erlaubt, für diesen Fall in ziemlich weitgehendem Maße neue Gedanken in alte Formen einzuführen. Jedenfalls widerstrebt es weder dem Gedanken des Gesetzes noch zerstört es das logische Bild der Bestimmungen in § 651, das wir uns gemacht haben, wenn wir annehmen, daß in § 651 Abs. 1 die Anwendung der Kaufregeln ein für allemal statuiert wird da, wo der Unternehmer Hauptstoff liefert, sei es nun für reine wie für gemischte Tatbestände. Und die ausdrückliche Weglassung des § 433 kann, wenn anders die Vorschrift nicht wiederum eine Bedrohung des Prinzips der Vertragsfreiheit darstellen soll, nur mit Rücksicht auf diese ein für allemal festgesetzte Unterstellung geschehen sein. So kommen wir, allerdings auf Umwegen, die aber bei der notwendigen, haarspaltenden Interpretation nicht zu vermeiden sind, zu demselben Ergebnis wie H. M., daß die Verkäuferleistung ihre hauptsächliche Rechtsfolge nicht in § 433, sondern indirekt in § 651 Abs. 1 Satz 1 gewährleistet findet.

Daraus nun aber, daß beide Leistungen gewährleistet

werden, folgt, wie wir sahen, auch, daß sie, um gewährleistet zu werden, vorliegen müssen. Das heißt, der Einführung des Begriffs Unvertretbarkeit ist doch nur eine spezialisierende Bedeutung beizulegen. Allerdings ist eine unvertretbare Sache Gegenstand der von Satz 2 speziell ergriffenen Tatbestände. Aber die Voraussetzung des Eintritts kombinierter Rechtsfolgen ist nicht die Unvertretbarkeit des Werkes, sondern das Vorliegen der Herstellungszusage, so daß bei deren Mangel auch die Lieferung unvertretbarer Sachen nach Kaufrecht erfolgt.

Hier können wir nun einmal die Probe auf unser Exempel machen. Daraus, daß § 651 Abs. 1 Satz 2 in der Tat die Rechtsfolgen der beiden zusammentreffenden, verschieden typischen Leistungen gewährleistet, wenn auch unter Beschränkung auf den Fall der Herstellung einer unvertretbaren Sache, können wir die Gewißheit nehmen, daß wir mit unserer Interpretation der übrigen Sätze nicht willkürlich vorgegangen sind, sondern nur dem unklaren Drange des Gesetzgebers nach eindeutiger Regelung zum klaren Ausdruck verholfen haben. Der Abs. 2 unterschlug die Gewährleistung der Sachleistungszusage, der Abs. 1 Satz 1 die der Herstellungszusage; beide Bestimmungen waren also nicht geeignet, der Eigenart gemischter Verträge gerecht zu werden. Abs. 1 Satz 2 gewährleistet beide Leistungen für den Fall ihres Vorliegens: Wenn einer versprochen hat, eine unvertretbare Sache aus seinem Stoffe herzustellen, so hat dies vor allem die Folge, daß er den Stoff im Werk zu übereignen hat — Folge aus § 651 Abs. 1 Satz 1 —; und ferner hat er die zugesagte Herstellung auch wirklich zu leisten — Folge aus dem für § 433 eingesetzten § 631. — Wenn aber das Bürgerliche Gesetzbuch so einmal und an einem ihm besonders augenfälligen Tatbestande gezeigt hat, daß es sehr wohl die Berechtigung der Forderung anerkennt, welche jeder

typischen Leistungszusage ihre typische Rechtsfolge und Behandlung erstrebt, dann haben wir uns am Gesetz nicht vergriffen wenn wir ihm nach dem Nachweis, daß es für die anderen Fälle der Typenverbindung, die es in § 651 hat regeln wollen, eine inkorrekte, wenn nicht falsche bezw. eine überflüssige Regelung getroffen hat, einen der korrekten Regelung in Satz 2 angepaßten Inhalt gegeben haben.

Um nun endlich einmal zu Ergebnissen zu kommen, sei hier zusammengefaßt, wie sich uns § 651 darstellt.

Er besagt: Das Gesetz weiß, daß sich merkwürdige Vertragsformen mit eigenartigen Ansprüchen bilden können dadurch, daß jemand ein Werk herzustellen sich verpflichtet unter Zugrundelegung oder Beifügung eigenen Materials.

Er weiß auch, daß es nicht immer leicht ist, diese gemischten Verträge zu erkennen, und daß ebenso leicht, wie einer nicht als solche erkannt wird, einer fälschlicherweise dafür gehalten wird. Das Gesetz macht darauf aufmerksam, daß wenn der sogen. Unternehmer Hauptstoff liefert und eine vertretbare Sache geliefert werden soll, man im Zweifel immer annehmen kann, daß der Unternehmer irgendwelche beachtliche Arbeit auf den Stoff zu verwenden nicht versprochen hat, d. h. also ein reiner Kaufvertrag vorliegt. Und ebenso verweist es darauf, daß wenn der Unternehmer bloß Nebenstoff liefert, in manchen Fällen durch besondere sachenrechtliche Bestimmungen das Versprechen inhaltslos und unbedeutsam wird, so daß diese Fälle sich als reine Werkverträge darstellen.

Es greift als Beispiel, wie es sich die Behandlung wirklicher gemischter, aus Sachleistung und Arbeit zusammengesetzter Tatbestände denkt ,den Fall heraus, daß der Unternehmer aus eigenem Material ein unvertretbares Werk herzustellen verspricht.

Eine weitergehende Bedeutung kann u. E. dem § 651 nicht zuerkannt werden.

IV. Die Erstreckbarkeit der in Abs. 1 Satz 2 getroffenen Regelung.

Die einzige positive Regelung also, die § 651 geben will und kann, ist die eines beschränkten und nicht allzuhäufigen Tatbestandes. Nachdem wir dies als Ergebnis unserer eingehenden Untersuchungen gefunden haben, können uns für das Gesamtbild, das in dieser Arbeit zu entwerfen war, nur mehr drei Fragen interessieren: Welche Elemente, gegebenenfalls in welchem Wertgrade müssen die Tatbestände aufweisen, welche entweder direkt oder indirekt, d. h. mittels Analogieschlusses, sinngemäßer Anwendung, oder wie man es sich sonst denken mag, im Sinne der in Abs. 1 Satz 2 gegebenen Regelung behandelt zu werden verlangen können sowie welches ist diese Regelung und schließlich, wie verhält sich dazu die ideelle Regelung, welche das dieser Arbeit zugrunde liegende Prinzip der Kombination der Rechtsfolgen wünscht.

Die Methode, eine vom Gesetz selbst gegebene Regelung auch auf Fälle anzuwenden, die an und für sich vom Gesetz nicht mitergriffen werden, sich aber von den im Gesetz entschiedenen nur in unwesentlichen, die Regel innerlich nicht beruhenden Punkten unterscheiden, nennen wir Analogie, genauer Gesetzesanalogie, und verstehen darunter mit Enneccerus (a. a. O. § 53 II, 1 S. 120) „die ausdehnende Anwendung der aus dem Gesetz entwickelten Prinzipien auf Fälle, die von dem im Gesetz entschiedenen unwesentlich abweichen" (nichtähnliche oder

wesensgleiche Fälle). Die Zulässigkeit der Analogie ist ja unbestritten (Prot. Bd. 1 S. 2) und braucht uns hier nicht zu beschäftigen. Wir entnehmen ihrer Begriffsbestimmung bloß die Erkenntnis, daß Fälle, die analog behandelt werden sollen, echtsähnlich oder wesensgleich sein müssen denen, deren Regelung übertragen werden soll. Wir werden also unterscheiden, welche Elemente die von Abs. 1 Satz 2 geregelten Fälle enthalten und welche diese Elemente enthalten oder sich verändern können, ohne daß das Wesen des Falles sich verändert.

Die Elemente des von Satz 2 speziell geregelten Tatbestandes waren folgende: Der Unternehmer mußte Hauptstoff liefern und ihn im Werke übereignen, er mußte das Werk herstellen, das Werk mußte eine unvertretbare Sache sein. Welche dieser Elemente können entfallen, ohne daß dadurch das Wesen des Tatbestandes geändert und die Regelung im Gesetz unanwendbar wird?

Das Vertretbarkeitsmoment ist eingeführt, wie wir sahen, in der Erkenntnis, daß sich mit einer durch Erfahrung ungefähr bestimmten Wahrscheinlichkeit bei unvertretbaren Sachen in der Regel eine Herstellungsabrede als Vertragsbestandteil findet, während bei vertretbaren Sachen mit ihren Normaleigenschaften den Normalansprüchen zumeist auch ohne Bearbeitung genügt wird. Es ist also mit dieser Einführung nichts entschieden, sondern nur zur Bildung eines zweifelsfreien Schulbeispiels mit Wahrscheinlichkeiten gerechnet worden. Es ist deshalb eine Veränderung im Wesen des Tatbestandes als Folge einer je und je verschiedenen Verkehrsstellung des Vertragsobjektes schlechterdings zu verneinen; denken wir doch nur daran, daß eine heute objektiv unvertretbare Sache übermorgen infolge von Bewegungen im Warenverkehr objektiv vertretbar geworden sein kann. Es dürfte also keinem Zweifel unter-

liegen, daß da, wo Sachleistung und Arbeit in einem vertretbaren Werke sich vereinigen, das Wesen des in § 651 Abs. 1 Satz 2 geregelten Tatbestandes unversehrt vorliegt.

Daß die völlige Entfernung der Herstellerverpflichtung im ganzen dem Vertrage ein wesentliches Element raubte, bedarf kaum mehr der Erklärung, entfiele doch damit die eine für die den § 651 beschäftigende Mischung wesentliche typische Leistung. Genau so charakterisierte sich ein völliger Wegfall der Übereignungspflicht. Das Vorliegen beider Elemente ist darum wesentlich und begrifflich notwendig.

Es bleibt also gegebenenfalls von Einfluß nur bestehen die Stoffbeschaffungspflicht. Hat die größere oder kleinere Menge zu liefernden Stoffes eine wesentliche Verschiedenheit sonst gleicher Tatbestände zur Folge oder bleibt auch hier das Wesen des Vertrages gewahrt, so daß die gemischten Verträge mit Nebenstofflieferung, wie sie sich aus Abs. 2 folgern lassen, derselben rechtlichen Beurteilung unterstehen wie Abs. 1 Satz 2?

Die Unvertretbarkeit war eine Art Prämisse für die Herstellerpflicht, allerdings nur eine sozusagen vermutete Prämisse zur Erleichterung der generellen Bestimmbarkeit dieser Pflicht, die gegenüber der wahren Lage des Einzelfalles völlig wertlos wurde. Die Stoffbeschaffung ist eine wahre Prämisse der Übereignungspflicht, und zwar eine den Umfang dieser Pflicht bestimmende, die erst im Einzelfalle ihre wahre Bedeutung erlangt. Wir müssen also diesem Element von vornherein eine besondere Bedeutung zubilligen. Es ist nun an der Zeit, daran zu denken, daß vielleicht auch das Wertverhältnis der beiden typischen Leistungen zueinander von Einfluß auf das Wesen der Tatbestände wird, ein Gedanke, dessen Besprechung wir bisher, um Verwirrung zu vermeiden, verschoben haben. Da wir nun soeben hören, daß das Element der Stoff-

beschaffung den Umfang der Sachleistung bestimmt, werden wir tunlichst an dieser Stelle statt der Betrachtung über den Einfluß etwaiger Verschiedenheiten in der Stoffbeschaffung die Erläuterung der Frage vornehmen, inwiefern Verschiedenheiten im Wertverhältnis der typischen Leistung das Wesen des in Satz 2 geregelten Vertrages verändern können. Sollte eine derartige Veränderung nicht bewirkt werden, so könnten wir daraus unsere Folgerungen auf den Gedankengang über den Einfluß umfassenderer oder geringerer Stoffbeschaffung erstrecken und verwerten.

Es handelt sich also kurz um die Frage, ob es einen Unterschied macht, wenn sich ein „Werkvertrag" mit einer hochwertigen oder geringwertigen Verkäuferleistung verknüpft, bezw. umgekehrt, ob sich ein „Kaufvertrag" mit einer hochwertigen oder minderwertigen Arbeitsleistung des „Verkäufers" verbindet; nur die Frage nach dem Wertverhältnis der beiden typischen Leistungen. Man pflegt das Wertverhältnis zwischen zwei Leistungen zu bezeichnen, indem man die eine von ihnen als Haupt-, die andere als Nebenleistung bezeichnet. Diese Bezeichnungen haben zu weitgehenden Unklarheiten Anlaß gegeben. Es wird dies klar, wenn wir z. B. daran denken, daß man z. B. bei typischen Verträgen genau so von Nebenleistungen spricht — hier natürlich im Hinblick auf etwaige sogen. dem Leistungsversprechen nicht konforme Rechtsfolgen, d. h. Rechtsfolgen, die nicht auf Vereinbarung beruhen, sondern von Gesetzes wegen an die Vereinbarung anknüpfen (z. B. bei mangelhafter Verkäuferleistung die Anwendung von §§ 459 ff. im Gegensatz etwa zur Gewährleistung der Übereignungszusage), genau so, wie man bei verschiedentypischen Verträgen von Nebenleistungen spricht, hier natürlich unter Zugrundelegung eines gewissen Wertverhältnisses der Leistungen. Verwirrend

wirkt auch die Doppeldeutigkeit des Begriffs. Der Relationsbegriff „neben" hat für uns sowohl eine koordinierende wie eine subordinierende Bedeutung. Welche davon im Einzelfalle angenommen werden soll, ist weder immer gesagt noch immer leicht zu finden. Und schließlich muß die Möglichkeit eines objektiven und absolutiven Kriteriums, ob und wann eine Leistung nebensächlich erscheint, stark in Zweifel gezogen werden. Mit dieser Frage hat sich natürlich auch Hoeniger beschäftigt. Er zeigt sehr deutlich (S. 110 ff.), daß die beiden Kriterien, welche bisher im allgemeinen für ausreichend gehalten wurden, in außerordentlich vielen Fällen versagen. Das eine war ein technisches und bestand darin, daß diejenige Leistung, die der andern zu ihrer Vollziehung bedarf, indem sie durch die andere ermöglicht oder vervollständigt wird, die Hauptleistung sei (Lotmar Bd. 1 S. 193; ebenso Enneccerus § 323). Das andere beruhte auf der Frage nach dem wirtschaftlichen Wertverhältnis. Beide entbehren der genügenden Bestimmtheit, wie es ja auch bei der Möglichkeit der unendlich verschiedenen Betrachtungsstandpunkte, die man einer Leistung ihrem Zwecke, ihrem Grunde, ihrem Umfange, ihrer Bestimmtheit usw. nach gegenüber einnehmen kann, nicht gut anders möglich ist. Es bleibt darum als einziger Ausweg, den Betrachtungsstandpunkt statt nach außen ins Innere des Schuldverhältnisses selbst zu verlegen, d. h. einzig den Willen der Vertragskontrahenten entscheidend sein zu lassen, wenn es sich fragt, ob eine von verbundenen Leistungen eine untergeordnete Stellung haben soll. Denn (Hoeniger S. 140): jede Partei mißt dieser oder jener Leistung für sich und lediglich für ihre Zwecke eine ganz bestimmte Bedeutung bei, die von der von der andern Partei angesetzten Bedeutung derselben Leistung für diese ganz erheblich abweichen kann; für diese in jedem Einzelfall verschiedenen

und unberechenbaren Wertungen aber ein objektives, absolutes Kriterium zu finden, erscheint schlechterdings ausgeschlossen. Vielmehr muß dieses Kriterium zurückgreifen auf die „vertragsmäßige" Bedeutung, die aus dem Vertrage, d. h. dem „erklärten" Willen der Parteien unzweifelhaft hervorgeht. Als einzigen Maßstab für die Wertung der Leistung nach dem Willen der Parteien aber, unabhängig von allen außerhalb der Abrede liegenden Parteizwecken und Motiven findet er den Ausdruck, den dieser Wille der Parteien gefunden hat in dem für die Leistung angesetzten Entgelt; nebensächlich kann in der Tat nur diejenige der mehreren verbundenen und zusammengehörenden Leistungen sein, für die nach dem Inhalt der Parteiabrede ein geringerer Teil der gesamten Entgeltleistungen anzusetzen ist (S. 140).

Das mit Hilfe des eben gefundenen Kriteriums festgestellte Vorliegen einer Nebenleistung — wobei also wiederum die Relation „Neben" gleicherweise koordinierend wie subordinierend gedacht ist — ist nun aber für Hoeniger und damit für die Arbeit von geringer Bedeutung. Denn Hoeniger ist es auch, welcher sich entschieden gegen die aus dem Begriff Nebenleistung gezogenen Folgerungen wendet, wie sie sich am klarsten ausgedrückt zeigen in der schon mehrfach angezogenen Absorptionstheorie. Diese Theorie hat ein Prinzip des Inhalts aufgestellt, daß bei Verbindungen mehrerer versprochener Leistungen einer und nur einer dieser Leistungen ausschlaggebende Wirkung für den einheitlichen Vertrag zukommt, so zwar, daß dadurch die Rechtsfolgen der anderen Leistungen als Nebenleistungen absorbiert werden. Demgegenüber zeigt Hoeniger, daß jede dieser Leistungen zum mindesten eine Rechtsfolge gewährleistet erhält, nämlich die ihr konforme, daß sie geleistet werden muß. Jede zugesagte Nebenleistung ist also für die Beurteilung

des Gesamttatbestandes mindestens durch den Eintritt dieser Rechtsfolge, der durch das Prinzip der Vertragsfreiheit gewährleistet wird, von Bedeutung. Steht aber dies erst einmal fest, so liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß die übrigen Rechtsfolgen absorbiert würden. Um so weniger als auch die vom Gegner angeführten Fälle gesetzlicher Absorption als unzutreffend erwiesen wurden. Es kann im Gegenteil angenommen werden, daß an und für sich jede Leistung auch in einem Gesamttatbestande ihre Bedeutung behält. (Wie Lent S. 211 einmal sagt: „die Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung hat daher nur Bedeutung für die Wahl unter einzelnen widersprechenden Vorschriften, nicht aber für die garnicht notwendige Wahl unter Typen".) Hoeniger lehnt es also grundsätzlich ab, aus der Nebensächlichkeit einer Leistung, berechnet nach dem von den Parteien dafür — ausdrücklich oder erkennbar — angesetzten Entgelt, eine geringere Beachtlichkeit der dieser Leistung angehörigen Rechtsfolgen zu folgern. „Im besten Falle ist der Moment der Nebensächlichkeit einer Leistung ein Umstand, der wie zahllose andere auch bei der Beurteilung eines vereinzelten Geschäftes irgendwie eine Rolle spielen kann; nicht aber kann aus diesem Moment ein allgemeiner Gesichtspunkt auch für Beurteilung der Einzelfälle genommen werden" (S. 144). Er stellt sich allerdings mit dieser Ansicht in Gegensatz zu fast der gesamten übrigen Literatur (vgl. ausdrücklich Liebeck S. 46; Enneccerus Anm. 19 zu § 323 S. 299).

Wir folgen Hoeniger auch hierin. Sobald einmal die Leistungen als typische erscheinen, d. h. weder im Stadium der Vorbereitungshandlungen stecken bleiben noch als Phasen in der Erfüllung der einen, als „Abhandlungen des Erfüllungsvollzuges" (Endemann S. 163 Ziff. 5) anzusprechen sind — es sind dann keine typischen Leistungen mit der Haupt-

rechtsfolge ihrer Gewährleistung zugesagt, also keine gemischten Verträge unserer Grundform gegeben — wenn die Leistungen der Intensität nach über diese Stadien hinausgehen, dann ist es nicht zulässig, einer von ihnen, für die ein etwas geringeres Entgelt angesetzt war, also der nebensächlichen die Anwendung der sie behandelnden Rechtssätze zu beschneiden.

Das Wesen unserer Mischverträge erleidet also zwar dem Tatbestande nach eine Veränderung, je nachdem die Arbeit oder die Sachleistung in größerem oder geringerem Umfange zugesagt war. Da aber der Tatbestand uns nur interessiert für die Frage nach der angemessenen Behandlung und da wir fanden, daß eine andere Behandlung nicht eintreten darf, obwohl hier die Sachleistung, dort die Arbeit überwiegt, erhalten wir also als Ergebnis, daß das Wesen des Vertrages durch ein je und je verschiedenes Wertverhältnis der Leistungen nicht verändert wird.

Da wir nun aber sahen, daß die Sachleistung in engster Verbindung mit der Stoffbeschaffung stand, so können wir aus der Erkenntnis, daß eine Verschiedenheit des Wertverhältnisses zwischen Sachleistung und Arbeit den Mischvertrag wesentlich nicht beeinflußt, auch folgern, daß eine Verschiedenheit des Grades der Stoffbeschaffungspflicht ebenfalls ohne Einfluß bleibt. Das heißt aber nichts anderes, als daß die Erkenntnisse aus § 651 Abs. 1 Satz 2 auch auf die aus Abs. 2 zu entnehmenden Tatbestände verwertbar sind, welche dem Unternehmer die Verpflichtung nur zur Beschaffung von Nebenstoff auferlegen.

Unsere Untersuchung über die Wesentlichkeit der Elemente der in Abs. 1 Satz 2 geregelten Tatbestände hat also ergeben, daß eine Übertragung dieser Regelung im Wege des Analogieschlusses auf alle die Fälle, wo eine Sachleistung mit einer

Arbeit sich verbindet, als dem § 651 Abs. 1 Satz 2 rechtsähnliche, wesensgleiche Verträge möglich ist. Das heißt, der § 651 erfaßt nunmehr die ganze ungeheure Fülle von Tatbeständen, die von der Verbindung eines Arbeitsversprechens mit dem Versprechen einer ganz minimalen Sachleistung bis zur Verbindung eines Sachleistungsversprechens mit einem ganz minimalen Herstellungsversprechen denkbar sind. Es fällt also auch darunter z. B. der Vertrag, durch den der Verkäufer einer Sache verspricht, der verkauften Sache eine Eigenschaft durch Herstellungsarbeit beizufügen, dem Liebeck seine mehrfach zitierte Arbeit gewidmet hat. So hat denn Liebeck auch ganz konsequent für den Fall der Nichterfüllung dem Käufer die Rechtsbehelfe der §§ 634, 636 gegeben. Doch dies nur als Beispiel. Es läßt sich schlechterdings kein aus Arbeit und Sachleistung gemischter Vertrag denken, auf den die Regelung in § 651 Abs. 1 Satz 2 nicht analog angewendet werden könnte.

V. Beurteilung der Regelung in Abs. 1 Satz 2 nach Brauchbarkeit und verglichen mit der von der Kombinationstheorie erforderten.

Die Regelung dieses großen Komplexes von Vertragstypen durch das Gesetz ist nun eine ungemein summarische. Ehe wir sie speziell betrachten, wollen wir uns erinnern, daß zwei Vertreter der Kombinationstheorie, auf deren Boden diese Arbeit steht, nämlich Hoeniger und Müller, sie geradezu als ein Musterbeispiel gesetzlicher Kombination angesprochen haben. Es sei hier nochmals erinnert, daß im Verlaufe unserer Darstellung des öfteren Anregungen, die im Sinne der Kombinationstheorie lagen und von ihren Vertretern gegeben wurden, Folge geleistet worden ist. Obwohl die Arbeit sich u. E. nur solcher Anregungen bedient hat, welche, wenn auch im Gedankengange dieser Theorie entstanden, doch nicht vielstrebig auf sie hinauswollte bezw. voreingenommen von ihr dekretiert wurden, wird nun doch vielleicht erwartet, daß die Arbeit ihre Stellung auf dem Boden dieses Prinzips rechtfertigt und sich mit den anderen Anschauungen, welche bisher über das Problem der Behandlung gemischter Verträge hervorgetreten sind, auseinandersetzt, d. h. mit Lotmar als Begründer und Vertreter der Absorptionstheorie, und Schreiber als Begründer der Theorie von der analogen Rechtsanwendung. Dies kann jedoch in dieser unpolemischen Arbeit nicht geschehen.

Es sollte vielmehr gerade durch die Vergleichung des Vorgehens und mutmaßlichen Inhalts der gesetzlichen Regelung eines gemischten Vertrages, die stark mit Kombinationen arbeitet, mit der Kombinationstheorie, die als hinreichend begründet einfach vorausgesetzt wurde, um sie annehmen zu können, ein kleiner Beitrag zur Berechtigung dieser Theorie als der dem Gesetzeswillen entsprechenden beigesteuert werden.

Im einzelnen stellt sich die Regelung so dar: zur Anwendung gelangt das ganze Werkvertragsrecht mit Ausnahme zweier unnötiger Vorschriften — unnötig, denn die von ihnen dem Unternehmer gewährten Rechte sind für den Fall des Vorliegens unserer gemischten Verträge belanglos gegenüber dem dann bestehenden Eigentum am Werke. Aus dem Kaufrechte entfällt eine genau aufgezählte Reihe von Vorschriften und zwar mit Rücksicht auf die an ihrer Stelle eingeführten entsprechenden Werkvertragsvorschriften. Die übrigen Kaufvorschriften bleiben anwendbar. Es wird also in der Tat das gesamte Recht des Kaufs wie des Werkvertrages für anwendbar erklärt mit Ausnahme einiger unnötiger und unter Verdrängung eines Teils einiger sich widersprechender Vorschriften. Diese Verdrängung, d. h. der Ausfall der Kaufregeln, ist ganz natürlich so zu erklären: § 433 konnte entfallen mit Rücksicht auf den dem § 651 zugrunde liegenden Grundgedanken der ein für allemal erfolgenden Gewährleistung des Übereignungsversprechens; § 446 Abs. 1 Satz 1 mit Rücksicht auf § 640, da bei der notwendigen Verbindung der Sache mit dem Werke, insofern die Sache eben eines Tages das Werk selbst oder ein Teil desselben ist, die Abnahme der Sache entfallen mußte zugunsten der eingreifenderen, Billigungsmomente enthaltenden Abnahme des Werkes; § 447 als unnötig gemacht durch § 644 Abs. 2; die Vorschriften aus der Mängelhaftung wegen der sie ersetzenden

und vertiefenden Regelung in §§ 633—636; 477—479 aus demselben Grunde, da die in ihnen ausgesprochenen Folgen der Mängelgewähr im Werkvertragsrecht keinen Raum haben.

Es läßt sich schlechterdings eine umfassendere Verknüpfung der für beide Vertragstypen anwendbaren Normen kaum vorstellen. Es ist auf das liebevollste dafür gesorgt, daß keinem der aufrechterhaltenen Tatbestandsstücke seine ihm zugehörende Norm entzogen wird. So wird z. B. die kaufrechtliche Abnahmepflicht aufgehoben; wenn nun ein Tatbestand einträte, der mit dem Wesen der kaufrechtlichen Abnahme zusammenhinge, so brauchte er trotz Aufhebung der Bestimmung für die kaufrechtliche Annahme doch nicht Not zu leiden, denn die werkvertragliche, ausdrücklich statuierte Abnahme enthält ja vollständig die kaufrechtliche, ist also imstande, deren rechtliche Bedeutung widerzuspiegeln. In diesem Sinne ist die ganze Regelung in Satz 2 gehalten.

Wenn wir demgegenüber kurz die Gedankengänge und Forderungen der Kombinationstheorie formulieren wollen, so können wir sagen: sie beruht auf dem Gedanken, daß zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ein Zusammenhang besteht, derart, daß der Tatbestand seine Rechtsfolge hat, wo auch immer sie im Gesetze ausgesprochen sei. Der leitende Gedanke der Rechtsanwendung müsse nunmehr sein, jedem Tatbestandsstück in jeder Vertragsverbindung seine Rechtsfolge zu gewährleisten. Es läßt sich jedoch zurzeit noch nicht übersehen, wie sich der Begründer der Kombinationstheorie Rümelin und sein Schüler Hoeniger die Durchführung dieses Gedankens gedacht haben. Die angesagte Monographie Hoenigers als zweiter Band seiner „Untersuchungen" steht immer noch aus. Es ist jedenfalls, und dies kommt für uns in Betracht, sehr zweifelhaft, ob die Theorie imstande sein wird, auch nun für eine

ihrer Grundformen in normaleinfachster Reinheit einen die ganze Behandlung eindeutig bestimmenden Rechtssatz zu formulieren oder nicht vielmehr aus einer großen Menge häufiger Anwendungsfälle nur eine Art Anleitung zu geben. Es widerspräche u. E. dem Wesen des Kombinationsprinzips, als eines grundsätzlich typenfremden, individualisierenden Prinzips, wollte es, da es ja von Bedeutung wird nur bei Vorliegen gemischter Verträge, eine spezielle, für alle Einzelfälle passende Regelung einer bestimmten Mischvertragsgrundform, wie sie hier vorliegt, geben. Wenn wir uns aber fragen, welche Regelung die Kombinationstheorie anwenden wollte, um für alle Fälle des möglichst unkomplizierten Mischvertrages aus Sachleistung und Arbeit eine generelle Regelung zu geben, so könnte u. E. die Regelung nur so lauten (es handelt sich wohlgemerkt nur um Mischverträge der Grundform mit Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite): auf Mischverträge dieser Grundform durch Verbindung von Sachleistung und Arbeit findet Kaufrecht und Werkvertragsrecht im vollen Umfange Anwendung mit Ausnahme jener Bestimmungen, welche durch die veränderte Stellung des Unternehmers als Eigentümer des zu bearbeitenden Werkes oder Teile desselben im Kaufrechte inhaltslos werden, da sie von den weiterreichenden Vorschriften des Werkvertragsrechts mitumfaßt werden.

Es enthielte diese zwar generelle Regelung die Gewährleistung, daß jedes Tatbestandsstück aus Kauf- und Werkvertrag, ganz unabhängig von seinem absoluten und relativen Wert, nach den ihm zukommenden Normen aus Kauf bezw. Werkvertragsrecht behandelt werden soll. Es bedarf keiner besonderen Anweisungen je nachdem, ob die eine Leistung geringer oder höher zu bewerten ist; die gemäß der unendlichen Verschiedenheit der Leistungswerte in unendlicher Vielfachheit möglichen

Abstufungen der Tatbestandskombinationen haben keinerlei erhebliche Einwirkung auf die Normenkombination, die dem gemischten Vertrage einmal zugehört (Hoeniger S. 147). Und diese, dem gemischten Vertrag, also unserem speziellen Vertrag einmal zugehörende Normenkombination, soweit sie eben nur Sachleistung und Arbeit in ihrer vom Gesetz umfaßten Bedeutsamkeit betrifft, ließe sich in der Tat kaum genereller und treffender formulieren, als dies im § 651 Abs. 1 S. 2 geschehen ist. Natürlich bedarf er dann noch einer ungeheuren Menge einzelner Anordnungen usw.; die aber zu formulieren oder auch nur ihre Möglichkeit zu erweisen, ginge weit über den Rahmen der Arbeit hinaus.

Wir werden auf Grund dieser Ausführungen mit Recht behaupten können, daß die in § 651 gegebene Regelung bestimmter gemischter Verträge einer bestimmten gemischten Grundform im Sinne der Kombinationstheorie gegeben ist und in ihrem Sinne, wo es nötig sein sollte, ausgelegt und vervollständigt werden darf. Und umgekehrt gibt nur die glückliche Gestaltung des § 651 Abs. 1 Satz 2 das Recht, uns als mit dem Gesetz nicht im Widerspruch zu fühlen, wenn wir die durch erhöhte ideelle und materielle Forderungen des heutigen Rechtslebens dringend zitierte Kombinationstheorie für Mischverträge überhaupt in Anspruch nehmen, denn „die Typen sind nicht die Herren über das Leben und bestimmen nicht über Einheit und Mehrheit des Geschehens“ (Lent S. 141).

Der § 651 aber könnte ein Schrittmacher der neuen Ideen sein!

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.